

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E DA
OPERACIONALIZAÇÃO DA COLETA DE PERFIS GENÉTICOS DE ACORDO
COM A LEI Nº 12.654/2012**

MARIANA BALBINO DE SOUZA

Rio de Janeiro
2019/1º SEMESTRE

MARIANA BALBINO DE SOUZA

**UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E DA
OPERACIONALIZAÇÃO DA COLETA DE PERFIS GENÉTICOS DE ACORDO
COM A LEI Nº 12.654/2012**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido**.

**Rio de Janeiro
2019/1º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

S719a Souza, Mariana Balbino de
Uma análise acerca da (in)constitucionalidade e da operacionalização da coleta de perfis genéticos de acordo com a lei nº 12.654/2012 / Mariana Balbino de Souza. -- Rio de Janeiro, 2019.
80 f.

Orientador: Rodrigo Grazinoli Garrido.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Lei 12.654/2012. 2. Identificação Genética. 3. Genética Forense. I. Garrido, Rodrigo Grazinoli, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

MARIANA BALBINO DE SOUZA

**UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E DA
OPERACIONALIZAÇÃO DA COLETA DE PERFIS GENÉTICOS DE ACORDO COM
A LEI Nº 12.654/2012**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019/1º SEMESTRE

Aos meus pais: José Mariano e Maria Antônia.
Vocês foram fundamentais para que eu pudesse
chegar até aqui.
Obrigada por todos os ensinamentos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus que mesmo não o vendo por olhos carnis pude o sentir em cada momento de dificuldade, revigorando minhas forças durante esses longos meses que passei elaborando esta monografia.

Em segundo lugar, agradeço aos meus pais, a minha irmã Joyce e ao meu sobrinho Raphael, sem o suporte de vocês a jornada seria bem mais árdua. Muito obrigada pelo apoio, incentivo, companheirismo e compreensão durante toda a minha jornada na Faculdade Nacional de Direito. Vocês são a minha base.

Agradeço também ao meu orientador, Rodrigo Grazinoli Garrido, pela paciência, compreensão, incentivo, dedicação e disponibilidade durante a elaboração deste trabalho. Muito obrigada, professor, sua orientação foi indispensável para que eu pudesse elaborar um trabalho crítico e de qualidade.

Minha gratidão aos peritos do Instituto de Pesquisa e Perícias em Genética Forense e ao coordenador do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que contribuíram com a elaboração e aperfeiçoamento deste trabalho.

Gratidão aos meus amigos de infância e aos amigos da Faculdade Nacional de Direito que sempre me motivaram com palavras de incentivo e ânimo para que eu pudesse concluir essa etapa de minha formação acadêmica.

Por fim, agradeço à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Obrigada por me conceder tantas oportunidades de crescimento acadêmico, profissional e pessoal. Certamente, saio da universidade como uma jurista preocupada com a transformação da justiça social e comprometida com a efetiva promoção de direitos. Muito obrigada por tanto!

*“Mas, como está escrito: As coisas que o olho não viu,
e o ouvido não ouviu, e não subiram ao coração do
homem, são as que Deus preparou para os que o
amam.”*

(1 Coríntios 2:9)

*“Se você quiser alguém em quem confiar
Confie em si mesmo
Quem acredita sempre alcança!”.*

(Renato Russo)

RESUMO

O avanço da tecnologia genética possibilitou sua inserção ao ordenamento jurídico, objetivando maior elucidação dos casos aos quais são submetidos ao sistema de justiça. No âmbito das ciências criminais, a Lei 12.654/2012 buscou regulamentar a genética forense no Brasil, determinando a elaboração de perfis genéticos e sua armazenagem em bancos de dados criminais. A referida lei autorizou a extração de amostras e elaboração de perfis genéticos para armazenagem durante a investigação policial, quando fundadas dúvidas pairarem acerca da identidade do investigado ou quando considerada essencial para as investigações; e em sede de execução penal, de modo que a extração do DNA deverá ser obrigatória nos casos dos condenados por crimes hediondos ou praticados dolosamente mediante violência de natureza grave contra a pessoa. Apesar de tais previsões, a compulsoriedade na extração do DNA na fase da execução penal enseja discussões acerca de sua constitucionalidade. Ademais, a lei não regulamentou a operacionalização e a comunicação entre os institutos periciais responsáveis pela extração do material genético e outras instituições, sendo o gerenciamento do modelo operacional buscado através de pesquisa empírica com atores institucionais (peritos criminais e defensores públicos) envolvidos diretamente no processo de coleta dos perfis genéticos.

Palavras-chave: Lei 12.654/2012; DNA; BNPG; operacionalização.

ABSTRACT

The advance of genetic technology made possible its insertion into the legal order aiming to maximize the elucidation of cases submitted to the justice system. In the international scope of criminal sciences, Law 12,654/2012 sought to regulate forensic genetics in Brazil, determining the elaboration of genetic profiles and its indexation in criminal databases. The law allows the collection of DNA samples and genetic profiling for custody during a police investigation in case of doubt about the identity of the investigated or when that procedure is considered essential for investigations. In contrast, in the field of criminal execution, DNA collection should be mandatory for those convicted of heinous crimes or in case of crimes intentionally committed by severe violence against the victim. Despite these predictions, the compulsoriness of DNA extractions in the criminal execution evokes discussions about its constitutionality. In addition, the law did not regulate the operationalization and the communication between the expert institutes responsible for the extraction of genetic data and other institutions, with the management of the operational model being sought through empirical research with institutional actors (criminal experts and public defenders) directly involved in the process of collecting genetic profiles.

Keywords: Law 12.654/2012; Brazilian National DNA Database; operationalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1.A IDENTIFICAÇÃO HUMANA	13
1.1.Identificação genética	14
1.2.Identificação civil	16
1.3.Identificação criminal	17
1.4.Histórico legislativo da identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro ...	18
1.5.A criação dos bancos de perfis genéticos dos condenados pela Lei 12.654/2012	23
2.O REFLEXO DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.654/2012 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	25
2.1.O projeto de lei anticrime e o Banco Nacional de Perfis Genéticos.....	41
3.A OPERACIONALIZAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS NO BRASIL E NO MUNDO.....	44
3.1.Os bancos de perfis genéticos no mundo	44
3.2.A criação do banco de dados genéticos no Brasil	46
4.DA PESQUISA DE CAMPO REALIZADA NO INSTITUTO DE PESQUISA E PERÍCIAS EM GENÉTICA FORENSE NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (IPPGF) E NO NÚCLEO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (NUSPEN).....	51
4.1.Referencial metodológico	51
4.2.Da entrevista com o perito responsável pela coleta das amostras de DNA e com o vice administrador do banco de perfis genéticos do Estado do Rio de Janeiro.....	52
4.3.Da entrevista realizada com o defensor público e coordenador do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro	63
4.4.Resultados da pesquisa de campo.....	67
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	72
ANEXO 1.....	79
ANEXO 2.....	80

INTRODUÇÃO

A presente monografia buscou realizar uma abordagem acerca da (in)constitucionalidade e do processo de operacionalização e gerenciamento adotado na coleta de perfis genéticos. Tal análise desenvolveu-se a partir da norma implementada no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 12.654/2012, responsável por alterações na Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/2009) e na Lei de Execuções Penais (Lei 7.102/1984).

A Lei 12.654/2012 trouxe diversas modificações ao ordenamento pátrio, de modo que inseriu nos dois diplomas legais supramencionados determinações quanto ao uso da genética forense para a obtenção do perfil genético de investigados e condenados. De acordo com a referida lei, tornou-se possível o uso do DNA – Ácido Desoxirribonucleico – para a identificação criminal tanto durante a fase de investigação, mediante comprovada necessidade, quanto durante a fase de execução penal, de modo obrigatório nos casos de condenados por crimes hediondos ou cometidos de forma dolosa com violência de natureza grave contra pessoa.

A lei de 2012 dispõe, ainda, acerca da criação de um Banco Nacional de Perfis Genéticos – BNPG e a instituição de uma Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos - RIBPG. O BNPG visa o armazenamento dos materiais genéticos colhidos durante a instrução processual ou na fase de execução penal. Por sua vez, a RIBPG, instituída pelo Decreto nº 7950/2013-MJ de 12 de março de 2013, foi criada com a finalidade principal de manter, compartilhar e comparar perfis genéticos a fim de ajudar na apuração criminal e/ou na instrução processual, possibilitando uma aplicação qualitativa e mais eficaz da norma.

Embora a primeira vista o BNPG e a RIBPG constituam mecanismos importantes para a possível elucidação de crimes cuja autoria é desconhecida, deve-se observar, sobretudo, direitos garantidos constitucionalmente que vedam, em tese, a coleta compulsória de tais perfis genéticos. Com a obrigatoriedade imposta por lei para o fornecimento de DNA pelos condenados que se adequem à norma, há uma possível vulneração às garantias constitucionais e processuais penais como, por exemplo, à dignidade da pessoa humana, à

não autoincriminação, à presunção de inocência, ao direito à privacidade, dentre outros princípios.

Ademais, o sistema jurídico brasileiro não possui norma, doutrina ou jurisprudência acerca da operacionalização, gerenciamento e contato que se dará entre os institutos periciais e outras instituições (Poder Judiciário, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP, Ministério Público e a Defensoria Pública) para proceder à coleta do material genético dos condenados por crimes cometidos dolosamente de natureza grave contra a pessoa e hediondos.

Em virtude das carências doutrinárias e silêncio legal e tendo em vista a relevância do tema, que afeta substancialmente o *modus operandi* não somente do sistema de justiça criminal, mas também da administração interna do sistema penitenciário, o presente trabalho terá por objetivo analisar através de dados empíricos, como se dará a comunicação e o procedimento entre os institutos periciais e as demais instituições envolvidas no processo de coleta das amostras dos perfis genéticos.

Subsidiariamente, esta monografia abordará aspectos centrais da identificação humana, seus conceitos, características e como sua evolução foi importante para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como acerca da criação dos bancos de dados genéticos após a Lei 12.654/2012. É importante destacar também as novidades trazidas pela referida lei, a qual modificou substancialmente a identificação criminal até então vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Visando alcançar este objetivo, estruturou-se o presente trabalho em quatro capítulos. No primeiro será realizado um breve estudo sobre a identificação de pessoas, tanto civil como criminalmente, até a criação da Lei 12.654/2012, bem como será traçado o histórico da legislação pertinente à matéria ao longo dos anos. No segundo capítulo, serão analisados os principais impactos da Lei 12.654/2012 no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o Projeto de Lei Anticrime que amplia ainda mais as possibilidades de inserção do DNA de condenados nos bancos de dados genéticos.

No terceiro capítulo se traçará a criação dos bancos de perfis genéticos em alguns países do mundo. Posteriormente, será abordado como o Brasil se lançou no uso da identificação genética para fins de persecução penal antes mesmo da criação de bancos de dados genéticos, o que ensejou a criação da Lei 12.654/2012.

Por fim, no quarto e último capítulo, será abordada a pesquisa de campo realizada acerca da operacionalização e o contato estabelecido para a troca de informações entre os institutos periciais e demais instituições (Poder Judiciário, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, Ministério Público e a Defensoria Pública) para proceder à coleta de material genético dos condenados, produzindo. O levantamento empírico foi realizado por meio de entrevista realizada no Instituto de Pesquisa e Perícias em Genética Forense (IPPGF), localizado no Estado do Rio de Janeiro, com peritos oficiais responsáveis pela coleta do DNA dos condenados, bem como no Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (NUSPEN), através de entrevista com defensor público. Assim, pôde-se estabelecer a operacionalização de fato - que até então não foi regulamentada pelo Comitê Gestor da RIBPG - através do relato e da experiência de profissionais que lidam diretamente com as questões procedimentais relacionadas à coleta do perfil genético para fins de identificação e persecução penal, bem como suas respectivas reflexões acerca da Lei 12.654/2012.

1.A IDENTIFICAÇÃO HUMANA

A identificação humana compreende um critério objetivo para a identificação civil e criminal por meio do estudo de características físicas que definem e individualizam a pessoa, como impressões digitais, perfil genético, marcas pelo corpo, dentre outras.¹

É através da identificação humana que ocorre a individualização de determinado ser, por isso, as distinções são realizadas com o fim de particularizar e separar aquilo que é diferente. A identificação humana deve ser entendida como o processo pelo qual se pode fixar a personalidade jurídica de um indivíduo para todos os atos de sua vida pública e privada.²

Embora o homem, desde os primórdios do tempo, sinta a necessidade de identificação de suas pertencas, a necessidade de identificação foi estendida até mesmo ao próprio homem, ainda que não fosse propriedade de ninguém. A identificação, portanto, é de grande relevância para a própria conformação social, uma vez que todas as pessoas ou coisas apresentam atributos que as definem como, por exemplo, a cor, a estatura, o cabelo, a voz, a raça, o gênero, etc.

Com a evolução do processo de identificação ao longo dos anos, houve a criação de um vínculo entre o indivíduo e o Estado, de modo que este impõe àquele uma série de obrigações relativas à sua identificação para a própria conformação de sua cidadania e pertencimento.

Acerca do início das práticas de identificação humana, Rodrigo Grazinoli Garrido assinala:

É difícil precisar com exatidão o início da utilização de técnicas para identificar pessoas. Porém, a identificação humana teria seu início com

¹ NICOLITT, André Luiz; WEHS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 127.

² FIGINI, Adriano Roberto da Luz, e outros. **Identificação Humana**. 2ª edição. Campinas, SP: Millennium, 2003, p. 137-140.

o método antropométrico introduzido por Bertillon³, em 1882. Este método tomava como base algumas características morfológicas e cromáticas dos indivíduos, como a posição de sobrancelhas, o formato do queixo, o lóbulo da orelha, a cor da íris, a cor da pele ou dos cabelos (...). Todos nós já fomos identificados de alguma forma e em algum momento de nossas vidas. Tão logo nos primeiros minutos de vida, somos individualizáveis quando deixamos nossa impressão plantar na caderneta médica⁴.

1.1. Identificação genética

A evolução científica associada à área das perícias criminais possibilitou grande desenvolvimento da genética forense. Inicialmente, a identificação genética era utilizada dentro do ordenamento jurídico brasileiro nas questões relacionadas ao Direito Civil, principalmente, nos procedimentos referentes à área de família como, por exemplo, nas ações de reconhecimento de paternidade. Todavia, somente a partir da Lei 12.654/2012, a perícia genética foi autorizada no sistema jurídico brasileiro como forma de identificação criminal.

Após percorrer um longo caminho para que fosse possível a utilização da genética forense no campo das perícias criminais, Friedrich Miescher, em 1869, descobriu a existência do que mais tarde passou a ser denominado *Deoxyribonucleic Acid* (DNA) no interior das células do sangue humano⁵. Analisando os núcleos celulares, Miescher identificou a presença de um composto de natureza ácida até então desconhecido na ciência. O referido composto era rico em fósforo e nitrogênio, era desprovido de enxofre e resistente à ação da pepsina, sendo denominado à época de nucleína, sendo chamado, posteriormente, de ácido nucléico.⁶

³ Criminologista francês que, em 1870, fundou o primeiro laboratório de identificação criminal baseada nas medidas do corpo humano, criando a antropometria judicial, a qual ficou conhecida como “sistema Bertillon”.

⁴ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Evolução dos processos de identificação humana: das características antropométricas ao DNA. **Genética na escola**, Rio de Janeiro, 05 fev. 2009, p. 38-40. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/271530735_Evolucao_dos_Processos_de_Identificacao_Humana_das_caracteristicas_Antropometricas_ao_DNA> Acesso em: 19 de março de 2019.

⁵ PRAY, Leslie. **Discovery of DNA structure and function: Watson and Crick**. Nature Education, 2008. Disponível em: <<https://www.nature.com/scitable/topicpage/discovery-of-dna-structure-and-function-watson-397>>. Acesso em: 19 de março de 2019.

⁶ BASSO, Miguel Ângelo. **A identificação criminal por meio da coleta de material genético: Benefícios e Constitucionalidade da Lei nº 12. 654/12**. 2014. 80 f. Monografia de conclusão de curso em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014, p. 35.

O DNA é a molécula que contém toda a informação genética de um indivíduo e subdivide-se em uma parte codificante e outra parte não codificante. A parte codificante indica as informações genéticas do indivíduo, trazendo desde suas características físicas até a predisposição a determinada moléstia. A parte não codificante é análoga a um “código de barras” que serve para identificar, sem informar características próprias.⁷ Nos países que possuem bancos de dados genéticos as amostras não codificantes são chamadas de perfis genéticos.

Tendo em vista a confiabilidade trazida pelo exame de DNA, sua aplicação no âmbito das ciências criminais se tornou indispensável, uma vez que apresenta diversas vantagens quando comparado aos métodos tradicionais de investigação criminal, como, por exemplo, o reconhecimento fotográfico e datiloscópico. O exame de DNA permite que pequenas quantidades de vestígios biológicos, geralmente invisíveis a olho nu, sejam suficientes para resultados satisfatórios. Essa vantagem em relação a outros métodos de identificação humana somado ao fato da molécula de DNA ter uma relativa estabilidade temporal e ambiental, torna o tipo de exame ideal para ser utilizado mesmo após longos períodos de tempo entre a realização do delito e a investigação.⁸

Com relação a uma possível “preferência” estabelecida entre os diferentes meios de prova permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, a prova pericial, por demandar conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, recebe um tratamento diferenciado por parte de grande parcela da sociedade – e até mesmo pelos operadores do direito.⁹

Desse modo, embora haja críticas referentes à utilização de perfis genéticos no campo da investigação criminal, é possível vislumbrar ampla expansão da coleta de material genético concernente à elucidação de fatos ocorridos no âmbito das ciências criminais.

⁷ LEMOS, Cristiane Chaves. **A Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – Entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal**. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf> Acesso em: 25 de março de 2019.

⁸ BASSO, Miguel Ângelo. **A identificação criminal por meio da coleta de material genético: Benefícios e Constitucionalidade da Lei nº 12. 654/12**. 2014. 80 f. Monografia de conclusão de curso em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014, p. 35.

⁹ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Farias. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do a rt. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45, p. 210.

Isto posto, fácil perceber a relevância da genética forense dentro da grande área da perícia criminal. A sua utilização é capaz de possibilitar resultados demasiadamente mais precisos na identificação do que aqueles obtidos por meio dos métodos tradicionais de identificação, visto que não limitada pela existência de registros médicos ou pela necessidade de conservação da amostra examinada, fatores imprescindíveis quando utilizados, por exemplo, os métodos de identificação pela arcada dentária ou por impressões digitais.¹⁰

1.2. Identificação civil

O vínculo jurídico formado entre o Estado e seus cidadãos torna indispensável a correta identificação da pessoa humana, seja para pleitear direitos perante o Estado ou para que lhe seja atribuída alguma sanção por descumprimento de regras impostas pelo sistema jurídico. Essa relação só é possível caso o indivíduo submeta-se a algum método de identificação.

Com a evolução dos métodos de identificação, surgem normas para que seja possível a correta individualização da pessoa humana. Assim, as regras acerca da identificação conferem legitimidade a ação estatal no processo de reconhecimento, cujo principal objetivo de identificar com exatidão determinado ser humano é evitar o erro sobre a pessoa, atribuindo a cada indivíduo o que lhe é devido legalmente. Evita-se, portanto, prejuízos advindos do erro quanto à identidade da pessoa.

Dessa forma, os processos de identificação humana foram desenvolvidos ao longo dos anos, o descobrimento de novos recursos e tecnologias possibilitaram a evolução das técnicas de identificação humana, permitindo-a através de fotografia, datiloscopia, biometria e através do DNA.

Na ordem jurídica, a identificação humana se divide em: identificação civil e identificação criminal. A identificação civil é de caráter obrigatório no Brasil. De acordo

¹⁰ ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista —Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2014, p. 11.

com o artigo 2º da Lei 12.037/2009, é possível que seja realizada através de documentos, como a carteira de identidade, a carteira de trabalho, o passaporte, dentre outros.¹¹ Os referidos documentos devem estar em bom estado de conservação e neles não podem constar informações conflitantes ou indícios de falsificação. Desse modo, quando um suspeito de ter praticado determinado crime precisa ser identificado na delegacia de polícia, por exemplo, ele deve apresentar seus documentos nas condições supramencionadas, sob pena de ser submetido à identificação criminal, que possui natureza subsidiária de identificação.

1.3. Identificação criminal

A identificação criminal é um procedimento que permite qualificar um indivíduo e distingui-lo de forma mais precisa a partir de dados característicos individuais. Acerca da identificação criminal preleciona o ilustre doutrinador, Renato Brasileiro:

De fato, ainda que não haja qualquer dúvida quanto à autoria do fato delituoso, há situações em que pode haver incerteza quanto à verdadeira identidade do autor do crime, afinal durante a coleta de dados de identificação é bastante comum que o autor do delito omita seus dados pessoais, apresente informações inexatas, mentindo, usando documentos falsos, ou atribuindo-se falsa identidade¹².

Por conseguinte, é possível afirmar que a identificação criminal tem por finalidade auxiliar os órgãos policiais e o poder judiciário no processo de identificação humana, essencialmente no âmbito penal, oferecendo informações válidas e confiáveis, de modo a repelir o erro sobre a pessoa e implicar em uma possível punição de pessoa diversa daquela à qual foi imputada a prática de um delito.

¹¹ BRASIL. Lei 12.037, de 1 de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 02 out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 28 de março de 2019. Artigo 2º.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Volume único. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 136.

Os métodos tradicionais de identificação criminal são o fotográfico e o datiloscópico.¹³ Ademais, para atender aos requisitos de aceitação um método de identificação precisa ter perenidade, imutabilidade, classificabilidade e unicidade.¹⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) introduz a identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro ao afirmar, no artigo 5º, inciso LVIII, que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Através dessa disposição constitucional é possível inferir que o processo de identificação criminal é de natureza subsidiária, conforme mencionado anteriormente, configurando uma afronta constitucional sua violação.

Nesse sentido, Rogério Marcolini¹⁵ aduz que a norma constitucional pretendeu resguardar o indivíduo civilmente identificado, preso em flagrante, indiciado ou mesmo denunciado, do constrangimento de se submeter às formalidades de identificação criminal - fotográfica e datiloscópica - consideradas por muitas vexatórias (até porque induz ao leigo, ao incauto, a ideia de autoria delitiva), principalmente quando documentadas pelos órgãos da imprensa.

1.4.Histórico legislativo da identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o entendimento consolidado pela Súmula 568¹⁶ do Supremo tribunal Federal (STF) era o de que a identificação

¹³ A dactiloscopia estuda as impressões digitais, que são vestígios e marcas deixadas pelas polpas dos dedos graças à substância gordurosa secretada pelas glândulas sebáceas em quase todos os locais de crime e em objetos os mais variados, como a superfície lisa de vidros, espelhos, copos, móveis, louças e faianças, armas, facas, frutas, folhas de plantas, luvas. Interessa, portanto, diretamente à Justiça, para apontar autor de delito pela impressão digital deixada em local de crime, reincidências etc.

O método baseia-se na existência, na polpa dos dedos, de desenhos característicos, individuais, formados pelas cristas papilares na derme.

CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. **Manual de medicina legal**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

¹⁴ CROCE, Delton; CROCE JR., Delton. **Manual de medicina legal**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

¹⁵ MARCOLINI, Rogério, **Boletim do IBCCrim**. São Paulo. Fev. 2001. Volume 8. Número 99, p. 13-14.

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 568. A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente. 5 de Jan. de 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4016>>. Acesso em: 11 de abril de 2019.

criminal não constituía constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente.

Ademais, antes Carta de 1988, a identificação criminal era disposta pelo Código de Processo Penal (CPP)¹⁷ da seguinte forma:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes (grifo nosso)

É possível inferir do diploma processual brasileiro que a identificação criminal não possuía caráter subsidiário, conforme os dias de hoje. Desse modo, a autoridade policial poderia proceder diretamente à identificação criminal do acusado, não sendo necessário obter, primeiramente, a identificação civil conforme ordena o texto constitucional.

Embora o CPP e a jurisprudência do STF tenham firmado entendimento acerca da prescindibilidade do caráter subsidiário da identificação criminal na persecução penal, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi disposto no rol de direitos e garantias fundamentais disposição diversa da prevista inicialmente pelo CPP e pelo entendimento jurisprudencial do STF. Desse modo, a identificação criminal só poderá ser realizada mediante condições previstas em lei infraconstitucional, tornando-a, portanto, subsidiária à identificação civil.

As hipóteses de identificação criminal foram previstas, inicialmente, pela Lei 10.054 de 2000¹⁸, que estabelecia:

Art. 1º O preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor gravidade (art. 61, caput e parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, serão

¹⁷ BRASIL, **Código de Processo Penal**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁸ BRASIL, Lei 10.054, de 7 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e da outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 08 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm>. Acesso em: 28 de março de 2019.

submetidos à identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico e fotográfico.

Parágrafo único. Sendo identificado criminalmente, a autoridade policial providenciará a juntada dos materiais datiloscópico e fotográfico nos autos da comunicação da prisão em flagrante ou nos do inquérito policial.

Art. 3º O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando:

I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;

II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;

III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;

IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

V – houver registro de extravio do documento de identidade;

VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

(Revogada pela Lei nº 12.037, de 2009) (grifo nosso)

Posteriormente, as hipóteses de identificação criminal do civilmente identificado foram alteradas pela lei 12.037 de 2009¹⁹:

Art. 1º O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

¹⁹ BRASIL, Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 02 out. 2009. Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12037.htm>. Acesso em: 28 de março de 2019.

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Hodiernamente, a Lei 12.037/2009 é a norma infraconstitucional que regulamenta a identificação criminal no sistema de justiça brasileiro, não tendo sido feita menção a obrigatoriedade em crimes específicos.

Por todo o exposto, em tese, o indivíduo só será submetido à identificação criminal diante da impossibilidade de identificá-lo civilmente. Os documentos elencados no art. 2º da Lei 12.037/2009 podem ser considerados como exemplificativos, uma vez que o inciso sexto trouxe a possibilidade de a identificação ser realizada por meio de outro documento que possibilite a identificação.

Não obstante, a Lei 12.654/2012 trouxe modificações significativas quanto às regras de identificação criminal - que serão tratadas oportunamente em capítulo próprio - uma vez que possibilitou o uso da genética forense como uma de suas formas.

A possibilidade de coleta do perfil genético na seara da identificação criminal encontra previsão na Lei 12.037/2009:

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

A Lei 12.654/2012 trouxe inovações extremamente importantes quanto ao procedimento de identificação criminal, tendo em vista a imposição da obrigatoriedade da extração de material genético de condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)²⁰.

Ademais, cumpre destacar a previsão da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP):²¹

Art. 9º-A. Os condenados por **crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei n 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA** - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1o A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2o A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (grifo nosso)

²⁰ BRASIL. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5o, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 Jul. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm >. Acesso em: 13 de abril de 2019.

²¹ BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 Jul. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm >. Acesso em: 13 de abril de 2019.

1.5.A criação dos bancos de perfis genéticos dos condenados pela Lei 12.654/2012

A Lei 12.654/2012, sancionada em 28 de maio de 2012, alterou os dispositivos das Leis 12.037/2009 e 7.210/1984, conforme analisado anteriormente, acrescentando àquela a possibilidade de se realizar a identificação criminal de um indivíduo a partir da coleta de seu perfil genético, que poderá ser extraído das moléculas de DNA. Para isso, seria criado um banco de dados onde seriam armazenados esse material genético.

É consenso que os mecanismos de investigação criminal necessitam de aprimoramento. Contudo, essa modernização deve observar pilares básicos de uma ordem constitucional resguardada por um Estado Democrático de Direito, observando limites impostos por garantias fundamentais advindas da Constituição Federal e dos Pactos Internacionais, especialmente os que versam sobre direitos humanos.

Ademais, deve-se observar também contradições bioéticas acerca da coleta, da armazenagem e da utilização de dados genéticos, principalmente por permitir uma aplicação discriminatória na forma de uma Criminologia Genética.²²

Desse modo, com o advento da Lei 12.654/2012, que introduziu o artigo 9º-A à LEP, prevendo a criação do banco de dados de perfis genéticos por meio da extração obrigatória de DNA de condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos, tem sido questionada no STF em recurso extraordinário (RE nº 973.837/MG)²³ com repercussão geral reconhecida.

Os bancos de dados genéticos são bastante consolidados em alguns países do mundo. Todavia, a legislação acerca da inserção do material genético e das comparações nos bancos de dados são diversas entre eles. Em alguns países, por exemplo, apenas criminosos condenados são incluídos no banco de dados e em outros, apenas condenados por alguns crimes mais graves constam na data-base.

²² GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art.9-a da Lei de Execução Penal. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2018. Volume 02. Número 51, p. 434-455.

²³ BRASIL, STF. Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Aguarda julgamento. O inteiro teor do RE nº 973.837/MG encontra-se disponível para acesso e consulta em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

No Brasil, apesar da previsão da criação dos bancos de dados ter acontecido com a Lei 12.654 de 2012, foi apenas um ano depois que o Decreto nº 7.950/2013 instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).²⁴ De acordo com o decreto supramencionado, o BNPG é o local onde serão armazenados dados de perfis genéticos com o objetivo de fornecer subsídios para a apuração criminal, assim como para a identificação de pessoas desaparecidas. Por sua vez, a RIBPG trata-se de mecanismo por meio do qual é realizado o cruzamento de dados entre os diferentes bancos de perfis genéticos, seja a nível federal ou estadual.

Nesse sentido, tornou-se possível a identificação criminal pelo material genético a partir da sua coleta e armazenamento em bancos de dados. A polêmica acerca dessa legislação teria relação com obrigatoriedade da coleta do material biológico e a identificação do perfil genético de condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.072/1990.

Com a imposição do exame e cadastramento, o legislador conferiu à segurança pública uma proteção desproporcional em face dos direitos e garantias fundamentais dos apenados. Assim, observa-se que a Lei 12.654/2012 atinge diretamente direitos e garantias fundamentais consagrados como cláusulas pétreas inseridas na Constituição Federal de 1988.²⁵

Dessa forma, no capítulo seguinte serão analisadas as principais consequências ao aplicar de maneira acrítica o dispositivo que instituiu o BNPG através do fornecimento compulsório de material genético para condenados por crimes dolosos, cometidos com violência grave contra a pessoas e por crimes hediondos.

²⁴ GARRIDO, R.G.; RODRIGUES, E. L. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro três anos após a Lei nº 12.654. **Revista de Bioética y Derecho**. Volume 35. 2015, p. 94-107.

²⁵ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Farias. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do a rt. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45, p. 214.

2.O REFLEXO DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.654/2012 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei 12.654/2012 promoveu significativas alterações legislativas acerca da identificação criminal e na execução penal, trazendo a possibilidade da coleta de perfil genético para fins de identificação e persecução criminal. De acordo com o artigo 9º-A da LEP os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por crime hediondo, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.²⁶

Assim, além de dispor acerca de mais um mecanismo de identificação, a lei supramencionada traz uma série de discussões acerca de temáticas importantes resguardadas pelo diploma constitucional, uma vez que sua incorporação acrítica ao sistema de justiça brasileiro poderia gerar possíveis vulnerações a uma série de direitos e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal.

Embora a formação de bancos de dados genéticos possa constituir um mecanismo de suma importância à resolução de diversos conflitos na seara criminal, constituir tal mecanismo como meio probatório sem observar possíveis limitações torna-se perigoso e problemático, tendo em vista a forma de sua constituição: a obrigatoriedade no fornecimento de material genético dos condenados por crimes cometidos dolosamente, de natureza grave contra a pessoa e crimes hediondos.

Pelo exposto, este capítulo terá por objetivo analisar as principais modificações trazidas pela Lei 12.654/2012, bem como analisar sua (in)constitucionalidade e seu modo de disposição acerca da implementação da armazenagem e estocagem dos perfis genéticos.

Conforme mencionado, a supracitada lei modificou substancialmente dispositivos da Lei 12.037/2009 e da Lei 7.210/1984, de modo que se tornou possível a coleta de material genético de indivíduos na seara da identificação criminal daquele que não for identificado

²⁶ Art. 9º-A da Lei 7.210 de 1984.

civilmente, bem como no âmbito da execução penal daqueles indivíduos condenados por crimes dolosos com violência grave à pessoa ou hediondos.

Partindo do pressuposto que o cadastramento de todos os membros de uma sociedade aumentaria exponencialmente as chances de se identificar o autor de determinado crime, quando comparado com a coleta de material genético apenas de pessoas investigadas e condenadas, o texto da Lei 12.654/2012 representa uma escolha de política criminal discricionária. Mais gravemente, quando se verifica que mesmo diante dos condenados, o legislador escolheu aleatoriamente aqueles que o tenham sido por crime tipificados como praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa ou por crime hediondo, descrito no artigo 1º da Lei 8.072/1990. Buscando regulamentar o artigo 9º-A da Lei 7.210/1984, o Comitê Gestor da RIBPG expediu a Recomendação Nº 1, de 21 de outubro de 2017, que busca fornecer orientações aos administradores de bancos de perfis genéticos acerca dos crimes para fins de cumprimento do artigo 9º-A da mencionada lei.²⁷

Apesar do colapso do sistema prisional brasileiro, grande parcela da população, inflamada por discursos acríticos reproduzidos pela grande mídia, clama por mais punição. Assim, com base nesse “apelo social”, os Poderes Judiciário e Legislativo produzem normas e sentenças mais severas como uma tentativa de “apaziguamento” e “resposta” social ao clamor popular. Nesse sentido, a Lei 12.654/2012 oferece resposta satisfatória a esse estado de polícia:

²⁷ Recomendação Nº 1, de 21 de outubro de 2017:

O Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, no uso de sua atribuição que lhe confere o art. 5º, inciso I, do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013 resolver RECOMENDAR que:

I) Sejam considerados como principais crimes para fins de cumprimento do artigo 9º-A supracitado os crimes abaixo elencados:

Homicídio;

Latrocínio;

Estupro;

Estupro de vulnerável;

Lesão corporal grave;

Lesão corporal gravíssima;

Roubo;

Extorsão qualificada pela morte;

Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada;

Epidemia com resultado morte;

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável;

Genocídio;

Tortura;

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

restringe liberdades, direitos e garantias fundamentais e perpetua a desigualdade de tratamento entre as classes dominantes e dominadas. A seletividade do monitoramento trazido pela referida lei já se inicia com a designação dos indivíduos obrigados a fornecer seu DNA para a inserção no banco de perfis genéticos.²⁸

As alterações trazidas pela Lei 12.654/2012 encontram algumas balizas na legislação já consolidada tanto no âmbito da identificação criminal, como na seara da execução penal. A identificação criminal quando realizada de forma subsidiária à identificação civil, requer autorização judicial, sendo descartado o material genético, na fase de investigação criminal, quando ocorrer o prazo prescricional do crime investigado, conforme preleciona o artigo 109, inciso V do Código Penal (CP).

Por outro lado, quando a coleta do material genético ocorrer no âmbito da execução penal, isto é, para aqueles indivíduos condenados por crimes praticados de forma dolosa e violenta de natureza grave contra a pessoa ou hediondos, tem-se a compulsoriedade na coleta dos perfis genéticos desses indivíduos, uma vez que nesses casos a coleta possui caráter obrigatório.

Ademais, quando a coleta do material genético ocorrer em sede de execução penal, não há prazo estipulado em lei para o descarte desses perfis genéticos, podendo os mesmos ser armazenados por período indeterminado, além ser utilizados com fins de instrução criminal em investigações em curso ou arquivadas, bem como na identificação de pessoas desaparecidas. Tal previsão é altamente questionável por gerar possíveis vulnerações a princípios e direitos básicos como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da não perpetuidade das penas, o princípio da vedação a autoincriminação, o princípio da presunção de inocência, o princípio da privacidade e integridade física, dentre outros princípios, sendo abordados neste capítulo os que foram citados especificamente.

²⁸ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Farias. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do a rt. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45, p. 220.

O Direito penal, uma vez concebido como exercício do *ius puniendi* pelo Estado sob a luz do Estado Democrático de Direito, encontra limitações nos princípios e garantias individuais previstos na Constituição.

Consequentemente, a análise da permissão do uso de DNA na seara criminal recai no postulado basilar do Estado brasileiro, o qual é considerado pela Carta Constitucional como fundamento da República e que encontra previsão no art. 1º, III²⁹:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana; (grifo nosso)

A dignidade é um pressuposto do ser humano emanado da própria condição humana. Assim, é possível afirmar, conforme preleciona José Afonso da Silva que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.³⁰

Segundo André Ramos de Carvalho:

A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição.³¹

Nesse sentido, toda pessoa é digna, uma vez que a dignidade decorre da condição humana e não de fatores externos. Por isso ao processo penal é vedado expor os indivíduos a situações desumanas, de tortura ou degradantes, consequentemente, a todos é garantido um processo legal não somente no sentido formal, mas também no sentido material, de modo que

²⁹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 1º, III. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 191-A, V 05 out.1988, p.1 Disponível: Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 março de 2019.

³⁰ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Abr. a Jun. de 1998. Volume 212, p.89-94.

³¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 75.

seja garantida a integridade física e moral do acusado. O processo penal poderá privar o indivíduo de sua liberdade, mas nunca de sua dignidade humana.

Carvalho Ramos sustenta, ainda, que a dignidade da pessoa humana, em razão de sua amplitude, trata-se de um conceito que se encontra em contínua construção e desenvolvimento, mas que, de acordo com o pensamento Kantiano, a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados.³²

De acordo com Nicolitt, a dignidade da pessoa humana é a base do próprio Estado, devendo suas ações serem sempre direcionadas pelo respeito, realização e promoção da dignidade humana, até mesmo durante a persecução criminal do Estado, no exercício da ação penal e no curso do processo.³³

É importante ressaltar, ainda, o entendimento da ilustre professora Maria Helena Diniz no que diz respeito ao uso das tecnologias genéticas e a dignidade humana. Nesse aspecto, a professora cita Gebler, o qual sustenta que deverá haver uma harmonização entre a ciência e a dignidade humana de modo que “o direito deve aceitar as descobertas científicas cuja utilização não se demonstre contrária à natureza do homem e de sua dignidade. O direito, como a biologia, parte da observação dos fatos. Devem ignorar as ciências tudo que estiver em detrimento do homem”. Assim, nem tudo que é possível cientificamente é moral e admissível juridicamente.³⁴

Com maestria preleciona a professora Maria Helena Diniz:

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a

³² *Idem.*

³³ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª Edição. Rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 117.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41 e 42.

peçoas humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade.³⁵

Conforme sustentam Garrido e Rodrigues, não se pretende negar a importância do uso da genética forense para a área criminal como forma de suprir a necessidade de controle pleiteada pela sociedade atual, altamente marcada e vítima do medo. Todavia, “a dúvida consiste em saber até que ponto a sociedade está disposta a flexibilizar direitos e garantias fundamentais, e até a dignidade da pessoa humana, em prol desse controle”.³⁶

Ademais, a obrigatoriedade de fornecimento do material genético por parte do condenado por crimes violentos ou hediondos pode ser analisada sob a luz do princípio da legalidade, o qual se insere no âmbito dos direitos de defesa.

O princípio da legalidade encontra previsão no artigo 5º, inciso II da CF, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (grifo nosso)

O princípio da legalidade é equivalente ao brocado latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, previsto na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. É importante destacar que a legalidade possui dois sentidos: formal e material. O sentido formal, segundo Rogério Greco, é “a obediência aos trâmites procedimentais previstos na Constituição para que determinado diploma legal possa vir a fazer parte do nosso ordenamento jurídico”. Por outro lado, a legalidade material prevê a obediência “não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, do seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais previstos”.³⁷ Nesse sentido, o respeito às duas formas de legalidade constituiu requisito essencial ao processo de criação da lei livre de vícios.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

³⁶ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Thiago Pereira. A repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9º-A da lei de execução penal. **Sociology of Law**, 2018, pg. 1857. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/326262482>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

³⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Volume 1. 19ª edição. Rev. atual., e ampl. Rio de Janeiro: Impetrus, 2018, p. 178.

Sendo o princípio da legalidade um direito de defesa, estabelece limites às arbitrariedades estatais, de modo que o Estado não deve intervir por se considerar como âmbito de autodeterminação dos indivíduos.

Dessa forma, o princípio da legalidade preleciona que os indivíduos são livres para exercer suas vontades, sendo apenas limitado a se abster da prática de comportamentos proibidos pelo ordenamento jurídico. Não obstante, com a aprovação da Lei 12.654/2012, há um comando do legislador ao indivíduo de uma conduta ativa, obrigatória, qual seja o fornecimento de seu DNA para a catalogação em banco de dados a fim de identificação criminal. Porém, a previsão do legislador fere as garantias constitucionais citadas anteriormente como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da não perpetuidade das penas, o princípio da vedação a autoincriminação, o princípio da presunção de inocência e o princípio da privacidade e integridade física.

De acordo com o artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais os condenados em definitivo por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), serão submetidos à coleta obrigatória de DNA. Esse critério de seleção sofre diversas críticas, assim como a criação de um bando de dados para estocagem desses perfis genéticos também, uma vez que tais informações podem gerar “futuros suspeitos” com a consequente aceitação de um possível direito penal do autor, inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Ademais, tendo em vista que a lei não menciona um prazo de exclusão do material genético dos condenados do referido banco de dados, cria-se uma perpetuidade que não se harmoniza com o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal.³⁸ Por outro lado, a Lei 12.037/2009 determinou expressamente a exclusão dos dados do banco genético de acordo com a prescrição do delito prevista em lei.

³⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

Nesse sentido o ilustre doutrinador Eugênio Pacceli preleciona:

A medida, para além de seu caráter estigmatizante, viola o verdadeiro direito daquele que, após o cumprimento de sua pena, deve retornar ao estado pleno de cidadania e de inocência, em relação a fatos futuros – ressaltada apenas a possibilidade de valoração da condenação para fins de nova imposição penal (reincidência). Não se justifica a manutenção indefinida de seu registro genético, afastada de finalidades probatórias, isto é, ligadas à efetividade do processo penal. Nesse passo, bastaria aos interesses do Estado a manutenção sigilosa dos registros sobre o processo e sobre a condenação, conforme o disposto no art. 95, Código Penal, a cuidar da reabilitação.³⁹

Diante da omissão legislativa acerca do tempo de armazenamento dos perfis genéticos dos condenados por crimes cometidos dolosamente, com violência grave à pessoa e por crimes hediondos, Bermúdez propõe a solução por analogia ao instituto da reabilitação criminal, prevista no artigo 94 do CP⁴⁰. Desse modo, o condenado passaria a ter sigilo acerca dos registros de seu processo, sua condenação e sua pena, propiciando sua plena reinserção social após dois anos do dia que sua pena foi extinta ou cumprida. Nesse sentido, são retiradas de sua Folha de Antecedentes Criminais (FAC) as anotações negativas nela inscritas e também cessados os efeitos extrapenais da condenação, nessa lógica ocorreria neste momento descarte de seu material genético coletado após sua condenação.

Assim, o tratamento dispensado pelo legislador aos condenados que se enquadrem ao requisito de fornecimento compulsório de DNA é extremamente severo tendo em vista o fato de não haver disposição legal acerca do descarte desses materiais, de modo que em uma análise superficial, levar-se-ia a “aceitar” que tais materiais não seriam eliminados nunca do banco de dados, sendo, ainda, utilizados para desvendar crimes futuros e criar uma estigmatização em torno dos perfis genéticos constantes na data-base.

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 17ª edição, São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁰ Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Acerca do princípio da não autoincriminação (do latim: *nemo tenetur se detegere*) trata-se de importante garantia ao acusado na investigação e no processo penal, uma vez que resguarda o direito ao investigado ou acusado de não produzir provas contra si mesmo.

Conforme destaca Aury Lopes Junior, o objetivo da coleta do material biológico será distinta para o investigado, de modo que se destina a servir de prova para um caso concreto e determinado (crime já ocorrido). Todavia, em relação ao apenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida⁴¹.

Além da disposição constitucional acerca do princípio da não autoincriminação em seu artigo 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Também há previsão do referido princípio no plano infraconstitucional⁴², na jurisprudência dos tribunais superiores e nos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados pelo Brasil, como o Pacto San José da Costa Rica⁴³ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.⁴⁴

Nesse sentido, com o advento da Lei 12.654/2012, trazendo alterações significativas à LEP acerca da obrigatoriedade do fornecimento de DNA para determinados condenados e à Lei de Identificação Criminal, surgem diversos debates acerca da violação ao brocardo *nemo tenetur se detegere*, uma vez que o condenado deixa de possuir certa autonomia sobre o próprio corpo, “permitindo” que o Estado possa proceder à coleta do material genético sem a sua autorização e, posteriormente, utilizá-la em outras investigações. Dessa forma, produzem-se nessas investigações provas contra si mesmo, contrariando toda a lógica constitucional, infraconstitucional, jurisprudencial e internacional resguardada ao acusado e ao condenado.

⁴¹ LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? **Boletim do IBCCrim**. São Paulo. Jul. 2012. Número 236, p. 5-6.

⁴² Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

⁴³ Art. 8º, Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto San José da Costa Rica).

⁴⁴ Art. 14, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992.

Assim, como afirma Aury Lopes Júnior, submeter o acusado ao fornecimento de seu DNA sem o a sua autorização é o mesmo que autorizar a prática da tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um grande retrocesso e validador da geração de uma prova ilícita no processo penal. Dessa forma, compelir o acusado a fornecer material genético não seria válido, nem mesmo sob o argumento da “mínima lesividade” acerca da extração desse material, uma vez que o que está em discussão não é o aspecto físico da proteção constitucional ao acusado, mas sim seu direito à não autoincriminação⁴⁵.

No que pese o princípio da não autoincriminação seja um postulado fundamental ao direito de defesa do investigado/acusado, como todo direito fundamental do artigo 5º da CF, está sujeito a ponderação com outros princípios assegurados pelo ordenamento pátrio. Esse limite via ponderação é consenso entre os doutrinadores, uma vez que os direitos fundamentais não se presumem absolutos. Essas limitações serão, em regra, analisadas sob o prisma do princípio da proporcionalidade e os subprincípios da adequação e da necessidade. Todavia, é no aspecto relacionado ao âmbito de proteção oferecido pelo princípio da vedação à autoincriminação, isto é, perpetrada a limitação da garantia contra a autoincriminação, quais condutas seriam possíveis de serem exigidas do sujeito passivo no momento da produção probatória sem que houvesse a violação do referido princípio.⁴⁶

Nesse sentido, a doutrina se divide quanto ao alcance do princípio da não autoincriminação, tendo em vista tanto o comportamento que se poderia exigir daquele que se pretende identificar como com relação ao questionamento da possibilidade de tal coleta ser realizada de maneira coercitiva, visto que o procedimento de coleta da amostra é, em tese, invasivo.⁴⁷

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Ano 2007. Volume 01, p. 592-596.

⁴⁶ GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 02. Julho a Dezembro de 2016. p. 384.

⁴⁷ São invasivas as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, e não invasivas as que não se utilizam deste procedimento. QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

Não obstante, levando em consideração que a situação positivada no artigo 9^a-A da LEP não envolveria uma conduta ativa no sentido do fornecimento de provas para a investigação ou o para o processo criminal em andamento, mas simplesmente a composição de um banco de dados genéticos que permanecerá inativo, podendo ser acessado pelas autoridades policiais para fins de investigação criminal apenas por ordem judicial. A referida posição guarda simetria com o entendimento adotado pela Suprema Corte norte-americana ao julgar o caso *Schmerber vs. Califórnia*, em 1966, onde foi feita a distinção entre os procedimentos que são necessária a participação ativa do acusado e aqueles em que o acusado é apenas uma fonte passiva de elementos de prova.⁴⁸

Segundo Renato Brasileiro, a defesa poderá solicitar esta forma de identificação com o objetivo de excluir a responsabilidade penal. Assim, a questão central diz respeito às hipóteses em que o acusado se negar a fornecer o DNA para a obtenção de seu perfil genético, sendo certo o entendimento de que não se poderá obriga-lo a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer o material genético para fins de prova será uma violação ao princípio constitucional da vedação à autoincriminação, uma vez que não se pode impor ao investigado uma conduta positiva de sua parte para que contribua com as investigações que possa vir a incriminá-lo posteriormente.⁴⁹

Contudo, diante de materiais biológicos do investigado como amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartados voluntária ou involuntariamente na cena do crime, não há óbice a sua coleta, não se podendo embasar no princípio da não autoincriminação. Apesar dessa hipótese ser mais aceita doutrinariamente ainda não consegue resolver o impasse da coleta coercitiva trazida pela Lei 12.654/2012.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a fornecer material biológico para realização de exame de DNA. Todavia, também possui precedentes no sentido de que a produção dessa prova só será válida se a coleta do material for realizada de forma não invasiva. Assim, analogamente, desde que o acusado não seja obrigado

⁴⁸ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 5^a edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p.180.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói/RJ: Impetus. Volume único. 2013, p. 106.

a praticar qualquer comportamento positivo que possa incriminá-lo e nem se sujeitar à realização de prova invasiva, a coleta do DNA deverá ser tida como válida.⁵⁰

Dessa forma, com a vigência de uma legislação que impõe a coleta compulsória de material genético aos condenados, tem-se severas críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade. O principal impasse quanto ao uso do DNA na seara criminal é a sua adequada regulamentação, de modo que se tenha uma disposição compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado, sob pena de expansão dos limites do poder punitivo estatal, implicando em arbitrariedades e autoritarismo.⁵¹

Sendo a extração de amostras de DNA um procedimento, em regra, invasivo, a sua retirada de forma compulsória, isto é, coercitiva, sem que tenha havido o prévio consentimento do examinado, constitui procedimento ilegal visto que macula a garantia assegurada pelo *nemo tenetur se detegere*.

No processo civil, o exame de DNA desempenha papel de fundamental importância relativo às questões do direito de família que envolvem o reconhecimento de paternidade. Nesse sentido, frente à recusa por parte do possível genitor em fornecer o material biológico, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento através da Súmula 301⁵² que há uma presunção *juris tantum* de paternidade. Isso diante da impossibilidade do uso da força de modo coercitivo para que o exame possa ser realizado, tendo sido feita análise, segundo o princípio da proporcionalidade, entre o direito do pretense filho em conhecer sua ascendência e o direito do suposto pai em ter preservada a sua integridade física, vida privada e intimidade.

O referido entendimento, contudo, não pode ser aplicado ao âmbito do processo penal, uma vez que o ônus da prova na seara criminal é integralmente da acusação, não podendo ser

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos? **Boletim Informativo IBRASPP**. Ano 2013/01. Número 04, p. 19-21.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. 18 de Out. de 2004. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

exigida a colaboração do acusado, uma vez que causaria violação ao princípio da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal⁵³ e tem por objetivo respeitar o estado de inocência do acusado até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado contra o mesmo.

É importante ressaltar que a aplicação desse princípio ocorre em dois aspectos: o primeiro no campo probatório, onde o acusado deve ser presumido inocente, cabendo à acusação provar a veracidade do fato e a culpabilidade do acusado. O segundo aspecto é relacionado ao tratamento do acusado em um estado de inocência, de modo que só depois de uma sentença condenatória transitada em julgado, decorrente de processo judicial, é que ele pode ser considerado culpado.

Nesse sentido, pode-se depreender do princípio supracitado que se trata de uma regra de tratamento, visto que, mesmo que investigado ou processado por determinado fato criminoso, enquanto sob o prisma da presunção de inocência, o sujeito possui o direito de ser tratado tanto pelo estado quanto pela sociedade, como se inocente fosse. Ademais, trata-se de uma regra de julgamento da qual decorre que o ônus probatório cabe à acusação; além de ser o princípio reitor do processo penal, é uma garantia constitucional que protege o réu contra os excessos perpetrados pela polícia, pelo próprio poder judiciário e seus órgãos auxiliares.⁵⁴

Além disso, acerca da coleta do perfil genético é possível entender que tal inovação legislativa ameaça violar o princípio da presunção de inocência. Primeiramente, uma interpretação a contrário *sensu* da Lei 12.654/2012 permite entender que instituiu no processo penal uma inversão da presunção de inocência e uma presunção de culpabilidade. O acusado ao fornecer seu material biológico deixa de ser presumido como inocente e possui contra si uma presunção de culpabilidade.

⁵³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁵⁴ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª edição. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.150-153.

O armazenamento dos perfis genéticos colhidas em um banco de dados insere o sujeito em uma lista de possíveis suspeitos, desse modo, sempre que concedida a autorização judicial para acesso pela autoridade competente ao BNPG e efetuado o cruzamento de dados através da RIBPG, é colocada sobre aqueles que estão inseridos no banco uma presunção, ainda que não seja oficializada pelo estado, de que os mesmos teriam mais probabilidade de serem identificados como possíveis autores do crime ou estariam mais propensos a delinquir.⁵⁵

Para aqueles que defendem a constitucionalidade da coleta do material dos investigados e/ou acusados argumentam que a coleta de DNA para fins de identificação criminal não implica em assunção de culpa, uma vez que pretenderia apenas a certeza de condenação do correto autor dos fatos. Nesse sentido, afirma Guilherme de Souza Nucci:

Não se trata a identificação criminal de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, direito do estado, evitando-se com isto o nefasto erro judiciário. Não se confunda, ainda, a identificação criminal com o reconhecimento da pessoa. Neste caso, terceiros poderão apontar o indiciado ou réu como autor do crime. Naquela situação, nada disso tem relevo, pois se busca, apenas, identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo-crime.⁵⁶

A correta identificação criminal do investigado é interesse de todos os sujeitos envolvidos no processo, contudo defender a identificação criminal genética e realizada de forma coercitiva para tal identificação é desvirtuar toda lógica de uma identificação feita de forma eficaz que, não necessariamente, tenha que ocorrer por meio do fornecimento de DNA. Assim, afirmar que o ato de identificação busca individualizar o sujeito frente à sociedade e evitar prejuízo a um inocente é falacioso, uma vez que há outros métodos de identificação tão eficazes e menos invasivos tanto quanto a identificação criminal genética.

Na linha de análise, ainda, relativa as possíveis violações ocorridas em direitos e garantias fundamentais advindas da Lei 12.654/2012, a coleta e armazenagem do perfil genético pode ser analisada sob o prisma dos direitos da personalidade, especificamente relativa ao

⁵⁵ ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista — Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2014, p. 73.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 692.

direito à privacidade e a integridade física. Os referidos direitos encontram previsão constitucional no artigo 5º, incisos X e XLIX da Constituição Federal, conforme segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. (grifo nosso)

O direito à privacidade integra os chamados direitos da personalidade que não possuem natureza de direito patrimonial. Para Paulo Lobo trata-se de “direitos inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade.”⁵⁷ Para Rosenvald e Farias, os direitos da personalidade “são uma garantia para a preservação da dignidade, além de estarem relacionados à promoção da pessoa humana”⁵⁸. Por sua vez, Gustavo Tepedino conceitua os direitos da personalidade como “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”.⁵⁹

Desse modo, o direito à privacidade/intimidade, por se tratarem de direitos da personalidade – e, portanto, possuir natureza absoluta, extrapatrimonial e oponibilidade a todos (*erga omnes*), podem ser considerados de caráter universal, indisponível, intransmissível, irrenunciável e impenhorável pelo seu titular.

Alguns autores sustentam que o armazenamento dos perfis genético nos bancos de dados não configura uma violação ao princípio da vida privada, uma vez que o acesso a tais bancos é sigiloso⁶⁰, só podendo ser determinados pela autoridade competente.

⁵⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LIND**. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017, p.178.

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23. Apud ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: A declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. **Revista Eletrônica do CEJUR**. Ano 2006. Volume 01. Número 1, p. 224.

⁶⁰ Lei 12.037 de 1º de outubro de 2009. Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Não obstante, o professor Ingo Sarlet defende que o direito à privacidade/intimidade é um dos direitos de defesa. Assim, tal natureza, não pode sofrer intervenção estatal ou de terceiros em seu âmbito de proteção. Além disso, trata-se de direito de foro individual e de autodeterminação do indivíduo, tendo em vista sua possibilidade de conduzir sua vida privada conforme seu querer, bem como “dispor livremente das informações sobre os aspectos que dizem respeito a sua vida pessoal e que não interferem em direitos terceiros”.⁶¹

Por todo o exposto, como se depreende da polêmica trazida pela coleta compulsória de material genético daqueles condenados por crimes cometidos, dolosamente, de natureza grave contra a pessoa e aqueles condenados por crimes considerados hediondos, ainda que sustentem que a introdução da identificação genética seja uma grande evolução na área das ciências criminais e seja uma importante ferramenta para a elucidação de crimes cometidos com autoria desconhecida possibilitando, assim, a diminuição da impunidade no país, deve-se levar em consideração todo um arranjo político-institucional estruturado no ordenamento jurídico brasileiro, o qual supervaloriza a condição do ser humano, resguardando direitos básicos de sua autonomia enquanto indivíduo, além de privilegiar sua plena satisfação enquanto pessoa humana.

Nesse sentido, preleciona Maria Helena Diniz:

A bioética e o biodireito deverão contribuir para um desenvolvimento controlado das ciências da vida, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana na transformação das condições da existência, constituindo o núcleo de um projeto de formação para ética das ciências e o componente essencial da cultura geral do século XXI. Os ensinamentos da bioética e do biodireito deverão ser uma constante nos cursos profissionalizantes, para que cientistas, médicos, profissionais da saúde, advogados, juristas, promotores de justiça, magistrados ou aplicadores do direito possam direcionar seu agir e seu pensar para o exercício de escolhas democráticas, que garantam o respeito à dignidade da pessoa humana.⁶²

Por isso, defender acriticamente a introdução da identificação criminal através do DNA e defender a criação de um banco de dados genéticos formado por perfis de condenados por

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 491.

⁶² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1044.

determinados crimes é desvirtuar toda a lógica social e garantista trazida pela Constituição de 1988 e instrumentalizar uma série de direitos e garantias fundamentais resguardados pelo ordenamento jurídico pátrio a um mecanismo trazido pela evolução da ciência.

2.1.O projeto de lei anticrime e o Banco Nacional de Perfis Genéticos

O projeto de Lei anticrime, proposto pelo atual Ministro da Justiça Sérgio Moro, trata de medidas que visam o combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes violentos. Dentre as principais inovações trazidas pelo projeto supracitado encontram-se significativas alterações na atual disciplina do Banco Nacional de Perfis Genéticos.

A primeira alteração significativa que o projeto busca realizar é acerca da identificação do perfil genético, mediante extração de DNA dos condenados por crimes praticados com dolo, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Ainda, o projeto elenca como constituição de falta grave a recusa do condenado a submeter-se ao processo de identificação de seu perfil genético.

É consenso no ordenamento jurídico brasileiro que as possibilidades de aprimoramento dos métodos de identificação e investigação criminal são de máxima importância para uma tutela satisfativa e a busca pela promoção de direitos de quem teve seu bem-jurídico penal violado, todavia é necessário observar os limites para tanto, os quais podem ser extraídos da própria Constituição Federal e dos Pactos Internacionais, sobretudo os referentes a direitos humanos.

As disposições trazidas pelo projeto de lei anticrime não observam questões básicas que devem ser respeitadas em um Estado Democrático de Direito. A Lei 12.654/2012 que trouxe a possibilidade de formação de banco de dados com perfil genético por meio da extração obrigatória de DNA de condenados por crimes praticados dolosamente, com violência grave à pessoa ou crimes hediondos, tem sido questionada no Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário 973837, ainda pendente de julgamento na Suprema Corte.

Embora a obrigatoriedade do fornecimento de material genético para fins de identificação criminal e para a formação do banco de dados esteja com sua constitucionalidade questionada perante o STF, uma vez que conforme exposto acima causa diversas vulnerações a garantias e direitos fundamentais básicos, contrariando, portanto, a Carta Magna e tratados internacionais, sobretudo, os que versam sobre direitos humanos, o projeto anticrime não leva em consideração tais violações. Abrange ainda mais a possibilidade das situações em que poderá ser extraído compulsoriamente o material biológico do condenado. Ademais, o referido projeto permite a extração genética antes mesmo da sentença penal condenatória, esvaziando toda a lógica do princípio da presunção de inocência já tratado anteriormente.

O referido projeto anticrime, ainda, preleciona como mais uma hipótese de falta grave a recusa do condenado na doação de seu DNA, o que configura séria afronta a sua autodeterminação enquanto indivíduo sob seu próprio corpo, não deixando margem de discricionariedade ao condenado.

Nessa lógica, conforme destaca Michel Foucault em sua obra “*Vigiar e Punir*”, tem-se a docilização dos corpos⁶³ para torná-los homogêneos e úteis, fazendo-se uso dos processos disciplinares para puni-los e normalizá-los. Assim, vão sendo fabricados corpos submissos e educados para a vida em sociedade que, na visão do referido autor, é possível por meio da vigilância hierárquica, da sanção normalizadora e do exame.⁶⁴

É importante ressaltar que a modificação legislativa do projeto anticrime fala apenas em “condenados por crimes dolosos”, ampliando, portanto, o rol dos indivíduos que devem fornecer seu material biológico, não se limitando somente àqueles indivíduos que tenham cometido crime com grave violência à pessoa ou crime hediondo. Dessa forma, os condenados por crimes contra a honra, por exemplo, ainda que não tenham uma sentença condenatória definitiva contra si serão obrigados a fornecer seu DNA de acordo com a redação do Projeto de Lei Anticrime.

⁶³ É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que poder ser transformado e aperfeiçoado. [...] Nesses esquemas de docilidade, em que o século XVIII teve tanto interesse, o que há de tão novo? Não é a primeira vez, certamente, que o corpo é objeto de investimentos tão imperiosos e urgentes; em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações.

⁶⁴ FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 20ª edição. Rio de Janeiro/Petrópolis: Editora vozes, 1999, p.163.

Por fim, com relação, ainda, às inovações legislativas trazidas pelo Projeto de Lei Anticrime acerca da investigação criminal, há a referência ainda sobre o momento em que os condenados deverão fornecer seu material genético as instituições do estado. O projeto dispõe que a identificação do perfil genético poderá ocorrer em dois momentos: i) quando do ingresso no estabelecimento prisional ou ii) durante o cumprimento da pena. A segunda previsão possibilita a extração de DNA até mesmo dos condenados em cumprimento de penas restritivas de direito e multa, uma vez que não especifica durante o cumprimento de quais das penas trazidas pelo Código Penal. Ademais, a referida disposição do projeto de lei oferece margem a coleta do material genético de todos os condenados que cumprem pena no Brasil, causando, assim, um questionamento acerca da logística a ser adotada entre o poder judiciário, a autoridade policial, o Ministério Público e os institutos periciais para proceder à coleta do material genético dos de todos esses condenados. Assunto a ser tratado em capítulo próprio.

Por todo o exposto, embora a modernização e aprimoramento dos métodos investigativos dos aparatos da justiça criminal seja de extrema relevância ao combate à impunidade, a compulsoriedade na extração do material genético com o objetivo de estabelecer um banco de dados formado exclusivamente pelo DNA de condenados criminais sem o estabelecimento de um prazo para sua permanência nos referidos bancos, mostra-se bastante questionável à luz dos direitos e garantias fundamentais básicos trazidos pela Constituição de 1988 e por tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

3.A OPERACIONALIZAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS NO BRASIL E NO MUNDO

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução penal é uma realidade consolidada em diversos países do mundo. Os bancos de perfis genéticos de países como os Estados Unidos e a Inglaterra estão estabelecidos há cerca de vinte anos e são utilizados por mais de sessenta países.

A criação e manutenção dos bancos de dados genéticos no Brasil é, relativamente, recente tendo em vista que foi a partir da Lei 12.654/2012 que se passou a admitir a coleta e o armazenamento de perfis genéticos para fins de identificação criminal.⁶⁵

Dessa forma, o presente capítulo analisará a operacionalização dos bancos de perfis genéticos em alguns países do mundo e, posteriormente, será abordado como o Brasil se lançou no uso da identificação genética para fins de persecução penal antes mesmo da criação dos bancos de dados genéticos através da Lei 12.654/2012.

3.1.Os bancos de perfis genéticos no mundo

Atualmente, o maior banco de perfis genéticos do mundo encontra-se na China, estima-se que haja mais de 50 milhões de amostras inseridas na data-base. Os Estados Unidos, por sua vez, armazenam mais de 13,5 milhões de perfis genéticos de condenados, cerca de 895 mil perfis de vestígios de local de crime. O Reino Unido é considerado o banco de dados mais eficiente do mundo, armazena mais de 5 milhões de perfis genéticos de suspeitos.⁶⁶

Os primeiros países a armazenarem dados em bancos de perfis genéticos forenses foram o Reino Unido e os Estados Unidos da América. A criação do banco no Reino Unido ocorreu em 1994, o qual passou a ser chamado de UK National DNA Database (NDAD). Por sua vez, nos Estados Unidos da América, tem-se o “Federal DNA Identification Act”, que no ano de

⁶⁵ GARRIDO, R.G.; RODRIGUES, E. L. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro três anos após a Lei nº 12.654. **Revista de Bioética y Derecho**, Ano 2015. Volume 35, p. 94-107.

⁶⁶ Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>> Acesso em: 12 de maio de 2019.

1994 autorizava a Agência Federal de Investigações” (FBI) a implementar o “National DNA System” (NDIS) e em 1998 o programa CODIS (Combined DNA Index System)⁶⁷ foi lançado e permitiu a realização de comparações dos perfis genéticos de amostras questionadas com outros perfis genéticos já existentes no NDIS.⁶⁸

Embora haja diversos bancos de perfis genéticos no mundo, cada país possui legislação própria acerca da inserção dos perfis genéticos e das comparações entre eles. No que pese tais diferenças, em 2005, o Tratado de Prum que busca o compartilhamento de informações entre as agências de segurança europeias, inclusive dados de perfis genéticos, contando, atualmente, com diversos países europeus como signatários.⁶⁹ O objetivo do referido compartilhamento foi o de aprimorar a cooperação transfronteiriça, tendo em vista, sobretudo, o combate ao terrorismo, aos crimes transnacionais e a migração ilegal.⁷⁰

De acordo com Amankwaa e McCartney, embora os bancos de perfis genéticos para fins de persecução penal sejam uma realidade consolidada em diversos países, a literatura internacional demonstra ser necessário a busca pelo equilíbrio entre os interesses privados e públicos, de modo que a inclusão de indivíduos e a duração de sua inclusão na data-base sejam proporcionais com os objetivos da aplicação da lei. Assim, o custo social e individual para aqueles que infringirem a lei seria equilibrado com o benefício social de maior segurança pública.⁷¹

Todavia, os referidos autores também reconhecem que é difícil estabelecer o equilíbrio entre o custo social e individual com o benefício de maior segurança pública, tendo em vista a

⁶⁷ O CODIS, ou Combined DNA Index System (Sistema Combinado de Índices de ADN), é uma base de dados de ADN fundada pelo FBI (Federal Bureau of Investigation). Trata-se de um sistema informático que armazena perfis de ADN criados por laboratórios criminais (locais, estaduais e federais) dos Estados Unidos da América e que permite uma busca na base de dados com o objetivo de identificar suspeitos de crimes através do cruzamento e análise das amostras.

⁶⁸ GARRIDO, R.G.; RODRIGUES, E. L. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro três anos após a Lei nº 12.654. **Revista de Bioética y Derecho**, Ano 2015. Volume 35, p. 94-107.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; RICHTER, Vitor. O Banco de Dados Genéticos no Brasil: Os Desafios Operacionais e Legais de um Processo de Modernização. In: Fonseca, Claudia; Maricato, Glaucia; Duarte, Larissa C.; Besen, Lucas. (Orgs). **Ciência, Medicina e Perícia nas Tecnologias de Governo**. Porto Alegre, CEGOV, 2017, p. 134.

⁷¹ AMANKWAA, A. O. e McCARTNEY, C. The effectiveness of the UK national DNA database. **Forensic Science International: Synergy**. Ano 2019. Volume 01, p. 45-55.

ausência de evidências adequadas para demonstrar como o banco de dados genético realmente contribui para a segurança. Mas, sustentam que as decisões sobre quem deve compor a data-base e por quanto tempo devem ser mantidos os dados para maximizar a eficácia devem sempre observar a minimização dos riscos de abuso ou de outros efeitos prejudiciais ao indivíduo.⁷²

Dessa forma, consideram os supramencionados autores que é possível determinar o quanto um banco de dados é efetivo (i) a partir da capacidade de solucionar crimes; (ii) o quanto o banco é capaz de influenciar na conduta dos infratores que passam a apresentar bom comportamento e, provavelmente, não reincidirão; (iii) o quanto o banco é capaz de prevenir um conduta; (iv) a proteção da privacidade; (v) a legitimidade no que tange ao respeito do princípio da proporcionalidade; (vi) a eficiência da implementação, a qual guarda relação com tempo e recursos não monetários necessários para implementar o banco de dados e (vii) o aporte financeiro requerido para a implementação do sistema.⁷³

3.2.A criação do banco de dados genéticos no Brasil

No Brasil, a criação do banco de dados genéticos se deu através da Lei 12.654/2012, sendo considerado um país que aderiu recentemente à criação de um banco de perfis genéticos quando comparado a outros países que dispõe de tal mecanismo. É consenso que a criação dos bancos de perfis genéticos trata-se de um importante avanço nas técnicas de investigação e elucidação de crimes. Todavia, há diversos desafios e dilemas colocados com o advento da Lei 12.654/2012, conforme já explorado ao decorrer deste trabalho, uma vez que no caso brasileiro há situações relativamente difíceis de serem elucidadas e harmonizadas com toda a normatividade de proteção e resguardo de direitos e garantias fundamentais trazidas pela Constituição Cidadã de 1988 e por diversos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Dessa forma, a criação e manutenção do banco de dados no Brasil não se trata de uma situação livre de ponderações e que deva ser implementada a todo custo. Pelo contrário, envolve estruturas judiciárias e diversos nuances territoriais e administrativos, assim como diferenças

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

culturais e socioeconômicas, quando comparado a nível internacional e até mesmo a nível nacional, tendo em vista as desigualdades existentes dentro do próprio país.

O Brasil se lançou no uso da identificação genética para fins de persecução penal antes mesmo da criação de bancos de dados. Antes da institucionalização dos bancos de dados e sua regulamentação, os órgãos de perícia faziam uso do exame de DNA nas investigações criminais através de laboratórios particulares ou universitários. Com a expansão dos laboratórios periciais forenses das polícias que foram sendo criados no final da década de 1990 houve uma certa “oficialização” de tais institutos, mas ainda sim eram utilizados em casos específicos.⁷⁴

Conforme surgiu a possibilidade de criação dos bancos de dados genéticos no Brasil, institutos que já realizavam experimentos com o armazenamento de informações genéticas vinham surgindo também. No estado de São Paulo surgiu a possibilidade de criação de um banco de dados genéticos formado por vítimas e por corpos não identificados. Em Brasília, existia um banco de dados de condenados por crimes sexuais, o qual possuía regulamentação por lei própria.⁷⁵

Apesar de mapear 43 agressores sexuais, a diretora do Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil e responsável pelo Instituto de Pesquisa de DNA Forense à época afirma que as informações colhidas não poderiam ser utilizadas para fins de persecução penal. Em Minas Gerais, também havia um banco de dados genéticos informal que armazenava informações coletadas de vítimas de violência sexual.⁷⁶

⁷⁴ SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; RICHTER, Vitor. O Banco de Dados Genéticos no Brasil: Os Desafios Operacionais e Legais de um Processo de Modernização. In: Fonseca, Claudia; Maricato, Glaucia; Duarte, Larissa C.; Besen, Lucas. (Orgs). **Ciência, Medicina e Perícia nas Tecnologias de Governo**. Porto Alegre, CEGOV, 2017, p. 135.

⁷⁵ SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; RICHTER, Vitor. O Banco de Dados Genéticos no Brasil: Os Desafios Operacionais e Legais de um Processo de Modernização. In: Fonseca, Claudia; Maricato, Glaucia; Duarte, Larissa C.; Besen, Lucas. (Orgs). **Ciência, Medicina e Perícia nas Tecnologias de Governo**. Porto Alegre, CEGOV, 2017, p. 136.

⁷⁶ SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; RICHTER, Vitor. O Banco de Dados Genéticos no Brasil: Os Desafios Operacionais e Legais de um Processo de Modernização. In: Fonseca, Claudia; Maricato, Glaucia; Duarte, Larissa C.; Besen, Lucas. (Orgs). **Ciência, Medicina e Perícia nas Tecnologias de Governo**. Porto Alegre, CEGOV, 2017, p. 137.

Diante da criação de tantos bancos de dados genéticos informais e locais, os quais possuíam “regulamentação” própria, no ano de 2003 foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 417/03, que buscava incluir o DNA como mais uma das técnicas de identificação criminal. Todavia, o referido PL não abordava quaisquer regulamentações de como se daria na prática esse método, como o mesmo se operacionalizaria, como a coleta seria procedida, quais instituições possuiriam a incumbência de armazená-lo e preservá-lo. Se limitava, assim, em apenas estabelecer o DNA como mais um método de identificação criminal.

Com a evolução e o amadurecimento da proposta de criação do banco de dados genéticos a ideia voltou a ser discutida e analisada com um novo PL em 2011. O Federal Bureau of Investigations (FBI) norte-americano, em 2009, assinou acordo com o Departamento de Polícia Federal (DPF) brasileiro, que concedia a licença para utilização de seu Combined DNA Index System (Sistema Indexado de DNA Combinado). O CODIS permite a comparação dos perfis e amostras com outros perfis genéticos já existentes no NDIS. Com todo suporte e fomento oferecido pelos EUA ao governo brasileiro, foram lançados diversos treinamentos profissionais de criação e melhoria de infraestruturas para a adequação da estrutura dos institutos periciais do Brasil.⁷⁷

Diante de todo o fomento destinado à concretização do que dispunha o PL, foi aprovada Lei Federal nº 12.654/2012 em maio de 2012 que trouxe critérios legais para a inclusão de perfis genéticos nos bancos de dados, além de alterar a Lei de Execuções Penais e elencar a coleta de perfil genético como uma das formas de identificação criminal.

Por outro lado, a Lei 12.654/2012 deixa uma lacuna acerca do tempo de armazenamento dos perfis genéticos daqueles que já se encontram condenados, conforme analisado. A referida lei é polêmica ao prever a obrigatoriedade do fornecimento do material genético de pessoas já condenadas, como também já tratado anteriormente. Essas questões ainda estão bastante em voga atualmente, tendo a compulsoriedade do fornecimento do material genético dos indivíduos já condenados sua constitucionalidade discutida no STF. Ademais, outras questões se mostram relevantes como a prática e a operacionalização do banco de DNA no Brasil, objeto de reflexão no capítulo quatro do presente trabalho.

⁷⁷ *Idem.*

É importante delimitar o âmbito de gerenciamento e operacionalização da coleta do material genético do investigado e do condenado. Faz-se necessária a determinação de procedimentos padrões para a troca de informações entre o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária e os institutos periciais responsáveis pela tipagem genética e de como ocorrerá o gerenciamento dessas informações.

Com as alterações trazidas pela Lei 12.654/2012, ocorrerá modificações nas próprias demandas formuladas pela polícia ao poder judiciário, como, por exemplo, nos casos de acesso ao banco de dados genéticos pela autoridade policial, uma vez que tal acesso deve ser requerido ao juiz competente, conforme imposto pela lei, para fins de persecução penal.

De acordo com o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) o objetivo é fortalecer a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, visando analisar as amostras pendentes até 2022, tanto de vestígios quanto de condenados, e inserir os perfis genéticos no banco de dados. Assim, busca-se coletar mais de 750 mil perfis genéticos nos próximos três anos - número semelhante ao que se estima de população carcerária no país. Para 2019, a previsão é coletar, processar e cadastrar 65 mil amostras de perfis.⁷⁸

Partindo do pressuposto que o investigado der seu consentimento para que se proceda a extração de seu perfil genético para fins de identificação criminal e armazenamento nos bancos de perfis genéticos e, posteriormente, decidi por retirar tal consentimento, requerendo, assim, a exclusão de seu material genético dos bancos de dados, como se dará tal autorização para retirada do perfil do BNPG? Deverá o juiz enviar um ofício ou qualquer outra determinação judicial ao instituto de perícia requisitando a retirada do material genético do acusado dos bancos de perfis genéticos? Com relação à coleta do DNA, as equipes responsáveis pela extração irão até os presídios para proceder a coleta do material? Os peritos deverão informar aos presos que não são obrigados a fornecer o material genético?

⁷⁸ Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>> Acesso em: 25 de junho de 2019.

Tais questionamentos não se encontram previstos em lei e não temos jurisprudência ainda nesse sentido. Por isso, com o objetivo de aprimorar as questões relacionadas à operacionalização do BNPG, foi realizada pesquisa de campo no Instituto de Pesquisa e Perícia em Genética Forense (IPPGF), localizado no Estado do Rio de Janeiro e no Núcleo do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro (NUSPEN), que buscou a elucidação dos questionamentos levantados no presente capítulo, sugeridas por profissionais que lidam diretamente com as questões procedimentais relacionadas à coleta do perfil genético para fins de identificação e persecução penal, bem como suas respectivas reflexões acerca da Lei 12.654/2012.

4.DA PESQUISA DE CAMPO REALIZADA NO INSTITUTO DE PESQUISA E PERÍCIAS EM GENÉTICA FORENSE NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (IPPGF) E NO NÚCLEO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (NUSPEN)

4.1.Referencial metodológico

No dia 18 de junho de 2019 foram realizadas entrevistas no Instituto de Pesquisa e Perícias em Genética Forense, localizado no Estado do Rio de Janeiro, ocasião na qual foram registradas informações a cerca da operacionalização referente às coletas de DNA para a formação dos bancos de perfis genéticos no Estado do Rio de Janeiro. Os entrevistados foram dois peritos oficiais: um dos responsáveis pela coleta das amostras, bem como o perito vice administrador do banco de dados do Estado do Rio de Janeiro.

No primeiro momento, foi entrevistado o perito vice administrador do CODIS, programa responsável pelo cruzamento das informações constantes no perfil genético, e responsável pela coleta das amostras dos perfis genéticos, o qual será chamado no presente trabalho de “*Perito A*”. Posteriormente, entrevistou-se um dos peritos que também acompanhou uma das coletas das amostras dos perfis genéticos, o qual será chamado de “*Perito B*”.

Posteriormente, no dia 25 de junho de 2019 foi realizada entrevista com o defensor público e coordenador do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ocasião na qual foi relatado pelo viés institucional da Defensoria Pública como tem ocorrido a coleta dos perfis genéticos dos condenados e os seus respectivos desdobramentos no âmbito social e na seara da execução penal.

As entrevistas guiaram-se por um questionário semi-estruturado, no qual a entrevistadora mantinha algumas perguntas para se guiar, mas se deixava o entrevistado falar com certa liberdade sobre o tema, considerando, sobretudo seus papéis institucionais. Questionou-se, primeiramente, como tem sido realizada as coletas dos materiais genéticos, isto é, como tem ocorrido na prática o procedimento imposto pela Lei 12.654/2012 referente ao fornecimento obrigatório do DNA dos condenados por crimes cometidos, dolosamente, de natureza grave contra a pessoa e por crimes hediondos, bem como a legalidade e ética do

referido dispositivo.

4.2. Da entrevista com o perito responsável pela coleta das amostras de DNA e com o vice administrador do banco de perfis genéticos do Estado do Rio de Janeiro

Inicialmente, foi apresentada ao *Perito A* a proposta de pesquisa do presente capítulo desta monografia – acerca do procedimento e operacionalização da coleta das amostras de perfis genéticos de acordo com a Lei 12.654/2012, bem como a troca de informações entre os institutos responsáveis pela extração do material genético e outros órgãos (Poder Judiciário, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP, Ministério Público – MP e a Defensoria Pública).

De acordo com o *Perito A*, no Estado do Rio de Janeiro, foi elaborado um projeto-piloto no início de 2018, onde foram coletadas 31 amostras de DNA, no presídio Evaristo de Moraes, para analisar como seria a dinâmica da coleta, uma vez que em cada Estado há apenas 2 peritos responsáveis pelo CODIS: 1 representante e 1 vice representante. Relatou, ainda, que em alguns Estados da federação acompanham às coletas equipes compostas de 10 a 12 peritos, todavia no Estado do Rio de Janeiro, apenas 2 peritos realizam a extração de tais amostras, não sendo possível levar mais peritos até os presídios para proceder à coleta, pois no instituto há diversos exames de rotinas a serem realizados, ficando inviável procedimental e institucionalmente proceder a tal prática. Por isso, a responsabilidade principal recai sobre os administradores do banco, obtendo os mesmos ajuda esporádicas de outros peritos. Os administradores, dentre eles o entrevistado – *Perito A* –, além de serem responsáveis pela ida até o presídio para a realização da coleta do material genético, também são os responsáveis pela análise do perfil e sua inserção no banco de dados.

Informou, ainda, que após a realização da coleta no projeto-piloto do ano de 2018, no mês de abril e maio de 2019, foi estabelecido prazo de entrega de mais amostras, ocasião na qual, efetivamente, passou a ocorrer às coletas dos perfis genéticos dos condenados, onde foram coletadas, aproximadamente, 250 amostras de perfis genéticos. Nesse contexto, não era determinado, ainda, qual órgão seria responsável por passar as informações sobre os condenados que deveriam fornecer o material genético aos institutos de perícia.

Dessa forma, as Varas de Execuções Penais forneceram aos institutos de perícia acesso ao PROJUDI⁷⁹ de modo que os peritos conseguiam acessar ao sistema, mas não tinham um filtro que possibilitava identificar os condenados que preenchiam os requisitos trazidos pela Lei 12.654/2012, o que dificultava todo o processo de coleta, bem como atribuía mais uma função que não era de competência do IPPGF, uma vez que o instituto não possui atribuição de apontar quem deverá ter seu perfil coletado.

Por todo o exposto e dificuldades apontadas, foi determinado que a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária ficaria como órgão responsável por passar as informações acerca dos condenados que cumprissem os requisitos da lei⁸⁰ para os institutos responsáveis pela coleta das amostras. Assim, a SEAP que determinará de quais presos serão extraídas as amostras, bem como em quais presídios serão realizadas as coletas.

Relata o perito que é enviada pela supramencionada instituição uma lista ao IPPGF, na qual consta os nomes dos presos que deverão ser submetidos ao processo de coleta, com aproximadamente, uma semana de antecedência e que, na maioria das vezes, metade da lista já não está mais no presídio, uma vez que uns podem ter sido transferidos e outros podem ter obtido livramento condicional, por exemplo. Apesar do prazo curto de uma semana para proceder à extração do material, o perito informou que o instituto sempre comunica a Defensoria Pública acerca do procedimento a ser realizado.

Ademais, informou o *Perito A* que, inicialmente, foi realizado com a Secretaria Nacional de Segurança Pública – SENASP um acordo para que até o final do ano de 2019, no Rio de Janeiro, sejam feitas, pelo menos, 1.000 inserções de perfis genéticos ao banco de dados. Apesar do referido acordo, existe a possibilidade de ampliação do número de inserções para 2.000 perfis genéticos por vontade da administração do Departamento Geral de Polícia Técnica Científica – DGPTC, dependendo da destinação de recursos à Segurança Pública do Estado.

⁷⁹ O sistema PROJUDI (Processo Judicial Digital), é um software de processo eletrônico mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e em franca expansão em todos os estados do Brasil.

⁸⁰ Art. 9º-A da Lei 12.654/2012 - Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Das amostras coletadas, foram inseridas 250 no banco, nas quais já passaram por toda a parte analítica realizada pelo laboratório e gestão do banco. Assim, atualmente, o IPPGF possui no banco de perfis genéticos, aproximadamente, 250 amostras de materiais genéticos de condenados. A coleta do material genético é realizada no cartão FTA⁸¹, uma espécie de “cartolina” que possui uma química a qual possibilita a extração do DNA e o mantém armazenado no cartão. Tal procedimento já ultrapassaria uma etapa analítica do processo de extração do DNA. Posteriormente, é feita a amplificação do DNA, processo que é realizado para transformar as poucas moléculas de DNA armazenadas no cartão FTA em milhões de moléculas para serem analisadas, processo que é chamado de PCR. Por fim, é realizada a eletroforese capilar, onde o material é separado em minúsculas partículas para possibilitar a identificação em cada local genético os alelos que possuem.

Com relação ao pedido de identificação criminal, por meio de DNA feito ao IPPGF, na fase de investigação, o perito relatou que só houve uma solicitação, que se deu através de requisição feita pelo próprio juiz, onde o material genético foi coletado e inserido no banco de dados. Informou, ainda, que depois de realizada a primeira coleta das amostras, a Defensoria Pública está ciente do referido procedimento apesar de não acompanhar em todas as coletas as equipes responsáveis para tal.

Referente a coleta do material genético na fase de execução penal, relatou o perito que o presídio disponibilizou um auditório para sua realização, dentro da própria carceragem. Informa que a SENASP enviou para as equipes uma espécie de “kit de coleta”, que possui: 1 par de luvas, o *swab* especial com o cartão FTA acoplado, envelopes com códigos de barra e etiquetas. Assim, vem um kit completo para cada preso para evitar possíveis contaminações.

Nesse contexto, o preso é chamado nominalmente, ocasião na qual deve fornecer sua impressão digital em sua ficha, posteriormente é conferido junto com o preso seu nome e a ele é perguntado se possui irmão gêmeo idêntico - uma vez que carregam o mesmo material genético – posteriormente, é retirada uma foto do preso e procedida a coleta.

⁸¹ O cartão FTA é um papel de filtro que preserva o DNA. Seu uso permite que as amostras sejam facilmente transportadas ou armazenadas em temperatura ambiente, ajudando a melhorar a qualidade e a agilidade no envio dos exames.

Ainda com relação coleta dos perfis genéticos relatou o *Perito A*:

Nesse primeiro momento a gente tem que ir até os presídios (...) não tivemos tempo de criar uma equipe para estar com a gente, se tivéssemos uma equipe de 10 pessoas (...) Mas o ideal mesmo seria que quando essas pessoas entrassem no sistema prisional elas fossem coletadas para evitar que ficasse acumulado e quem sabem num futuro a gente não consiga que isso seja feito dessa forma.

Por sua vez relatou o *Perito B* que a ideia original era que os presos fossem retirados do ambiente das galerias e a coleta fosse realizada nos centros de saúde que as penitenciárias possuem. Todavia, como houve uma certa imediatividade para que as coletas fossem logo realizadas, uma vez que a SENASP estabeleceu metas a serem cumpridas por cada Estado da Federação. Nas palavras do perito:

Houve certa pressão por conta da SENASP para que as coletas fossem realizadas logo porque as metas não estavam sendo atingida por conta de dificuldades operacionais - porque a Polícia não colaborava, a SEAP também não possui uma organização muito clara – então não estavam atingindo a meta e aí foi feita uma “pressão” que se não fizessem iriam cortar a verba destinada a segurança pública que vem do Ministério da Justiça e aí arrumaram de forma rápida esse sistema para dar conta de 200 presos de uma vez (...) Nem todos os presos que se adequam aos requisitos estabelecidos pela lei doaram e não sei nem qual foi o critério utilizado pela SEAP para determinar quais os presos que doaram o material.

No modelo de operação que está se desencadeando a operacionalização do banco de dados de perfis genéticos no Estado do Rio de Janeiro, apesar de não ser ainda um processo rápido e não se obter conhecimento acerca dos critérios de escolha adotados pela SEAP sobre os condenados que procederão à doação do material genético, segundo o perito, não há como, ainda, o modelo de atuação se dá de maneira diferenciada, uma vez que não se sabe ainda quantos presos condenados tem-se no Estado do Rio de Janeiro por crimes cometidos dolosamente de natureza grave contra a pessoa, bem como condenados por crimes hediondos.

Julga-se que o ideal a ser feito em primeiro momento, é a determinação em sentença da extração dos perfis genéticos dos condenados que cumpram os requisitos da Lei 12.654/2012 para que já ingressem no sistema penitenciário com seu perfil coletado, todavia, ainda, o referido procedimento não está sendo adotado pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, a responsabilidade e os critérios relativos à coleta estão sendo determinados pela SEAP referentes aos presos que já se encontram no sistema penitenciário, tendo que as equipes responsáveis pela coleta do DNA se dirigir até os presídios para promover a extração do material.

Superadas as questões procedimentais referentes ao órgão responsável que encaminharia a identificação dos condenados para que o instituto pericial procedesse à coleta do perfil genético, bem como a quantidade das amostras coletadas até a presente data, indagou-se ao *Perito A*, como profissional atuante na operacionalização e como vice administrador do banco de dados de perfis genéticos do Rio de Janeiro sua percepção acerca dos mandamentos trazidos pela Lei 12.654/2012, que ponderou:

Para mim, o DNA é uma formação de identificação assim como a impressão digital. Atualmente, o cara pode se recusar a doar impressão digital quando está sendo condenado? Eu não consigo ver o cara se recusar a dar a impressão digital para entrar no registro da SEAP. Ele pode se recusar a tirar foto? O cara falou para a gente que já teve um preso que se recusou a tirar foto. Assim teve que pedir o juiz para mandar um ofício para obrigar o cara a tirar a foto. Para mim, o DNA não incrimina ninguém que não tenha feito nada de errado. Então, a meu ver, em teoria, para mim tinha que coletar de todo mundo, né? Não só de quem tivesse condenado (...) nasceu tem que coletar o DNA e inserir no banco. As pessoas têm a crença de que o DNA vai incriminar elas, mas isso não é verdade, o DNA, simplesmente vai indicar uma “luz” (...) juntamente com a investigação ele ajuda a elucidar. Então se o cara é culpado, existem vários indícios de que ele estava na cena do crime e você encontra o DNA dele na cena do crime... “beleza”, agora existe algum indício de que ele estava na cena do crime, mas o DNA é de outra pessoa, isso ajuda a livrar ele também. Então eu tenho uma visão muito tranquila com relação a isso, eu não acho que estamos fazendo nada contra a lei ou contra os direitos da pessoa. Se ele cometeu um crime e está sendo punido por esse crime, e se tiver outros crimes que ele tenha cometido, também tem que ser punido por eles, né? (...) Eu acho que é uma segurança para todo mundo, né, você ter um banco genético, assim como você tem um banco de digitais.

(...)

Então o banco para mim só ajuda (...) elucida coisas que nunca iríamos encontrar e não só para condenados, já tivemos três casos aqui no Rio que encontramos parentes de pessoas desaparecidas.

No contexto da fala reproduzida acima, alguns autores entendem, assim como o perito, que existe uma relação direta entre a constituição do banco e a redução da criminalidade. Todavia, tal posição é confrontada quando indagadas a outros profissionais da área do Direito.

Para estes últimos, a redução dos índices de criminalidade depende de ações mais concretas e complexas, não podendo ser atribuídas exclusivamente aos resultados dos bancos de dados. Trata-se de um argumento falacioso e que, a princípio, atende ao clamor social de punibilidade, sendo utilizado frequentemente pela grande mídia.⁸²

Ademais, a alusão estabelecida pelo perito na fala acima transcrita entre a maior elucidação de crimes e o fornecimento do material genético por todos os indivíduos não possui relação direta. O banco de perfis genéticos no Brasil para fins criminais ainda está sendo implementado, assim, através de uma análise matemática, necessariamente, haverá um incremento inicial, pois o resultado obtido dessa análise será inédito. Diferentemente, ocorre em países em que os bancos já estão consolidados por um tempo, como no caso do Reino Unido.⁸³

Se referindo a recusa do condenado em fornecer seu material genético, relata o entrevistado que se trata de um ponto extremamente delicado na prática forense, uma vez que a Defensoria Pública sustenta que os peritos devem, necessariamente, informar aos condenados que podem se recusar à proceder a doação, todavia o perito informa que o comando legal não impõe o dever de informação aos presos acerca da discricionariedade do fornecimento ou não, pois a lei apenas diz que “é obrigatória a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA”, só existindo um dispositivo da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos dirigido aos peritos, que estabelece como devem proceder em caso de recusa do preso. Nesse caso, deverão providenciar um Formulário de Recusa que será encaminhado para a Vara de Execuções Penais, onde o juiz tomará a decisão tendo em vista a recusa do preso.

Dessa forma, segundo o perito, não há uma obrigatoriedade de informar ao condenado que ele possui a discricionariedade de fornecer o material genético ou não, uma vez que a legislação impõe a obrigatoriedade de doação do mesmo de forma enfática e mandamental. Por

⁸² GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre. Ano 2018. Volume 04. Número 02. Mai. a ago., p. 892.

⁸³ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre. Ano 2018. Volume 04. Número 02. Mai. a ago., p. 892-893.

isso, o entrevistado não consegue vislumbrar que o fato de não informar ao condenado acerca da possibilidade do não fornecimento de seu material genético para a posterior inserção no banco de dados seria agir *contra legem*.

Sobre o dever de informação do preso pelos peritos responsáveis pela coleta do perfil genético, relata o *Perito A*:

O Rio de Janeiro é uma “engrenagem no meio do motor”. Todos os Estados estão trabalhando de uma mesma forma, eu não posso chegar agora e dizer: “O Rio de Janeiro vai fazer uma coleta fazendo de tal forma, criando formulários... tudo que a gente faz passa pelo aval e pelo próprio conhecimento da Rede. Existe um Comitê Gestor que cada Estado tem um representante... cada região tem um Estado responsável. A cada dois anos isso muda, podendo ser renovado. Então, atualmente, o Rio de Janeiro é o responsável pela região Sudeste que tem um representante no Comitê Gestor do Rio de Janeiro. Daqui há dois anos pode ser que seja São Paulo o representante. Então a gente passa para a nossa região quais foram as decisões tomadas na Rede e aí a nossa região fica informada. Então, a gente tá trabalhando de acordo com o que todos os outros Estados do Brasil estão trabalhando. Existe essa conversa. Existe esse consenso entre todos os Estados do que tem que ser feito dentro das prisões. Então o Rio de Janeiro não pode agir diferente. A defensoria Pública, óbvio, tem todo o direito de buscar o que ela acha certo, mas o Rio de Janeiro não pode agir diferente dos outros Estados.

Acerca do supracitado posicionamento, onde o perito não vislumbra ser necessário informar ao preso que o mesmo poderá optar por não consentir em fornecer seu material biológico, uma vez que a lei fala que tal procedimento é obrigatório, sustenta Garrido e Garrido:

Atualmente, várias são as declarações internacionais, códigos de ética profissionais, resoluções e leis que determinam ou recomendam o uso de termos de consentimento. Dessa forma, a doutrina do consentimento informado alcançou status de norma dos direitos humanos internacionais, sendo reclamada por cortes ao redor do mundo.

É pacífico, no entanto, que não basta o consentimento do indivíduo, mas é indispensável que este tenha um conhecimento amplo de todo o processo do qual fará parte. Pois, a maioria das pessoas que buscam serviços lhes tranquilizem, encontram-se predispostos a utilizar qualquer ferramenta, especialmente quando estes são vulnerados cultural ou socialmente.

Na a área forense, a predisposição se torna mais evidente e complexa, especialmente quando as pesquisas criminais fazem uso da informação genética. Nestes casos as preocupações éticas devem iniciar na obtenção das amostras biológicas, mas, sobretudo, seguir pelas etapas de tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos. Para

tanto, devem-se seguir as recomendações da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, com vistas ao respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.⁸⁴

Ademais, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO traz a importância do consentimento no seu artigo 8º, “a”. O referido dispositivo estabelece que é imprescindível a obtenção de consentimento prévio, livre, informado e expresso para o recolhimento e posterior tratamento, utilização ou conservação de qualquer informação genética, seja o procedimento invasivo ou não.⁸⁵

Silkunas Vay e Pedro José Rocha e Silva sustentam a impossibilidade da coleta do material biológico ser coercitiva quando ausente o consentimento do indivíduo. Argumentam que pela lógica estrutural do processo penal brasileiro e da Constituição Cidadã de 1988, tem-se estabelecido um modelo processual penal de cunho acusatório, de modo que os papéis das partes estão bem delineados na relação jurídica processual, de modo que a defesa somente pratica atos de resistência à pretensão acusatória, não possuindo ônus probatório em razão do princípio da presunção de inocência. Assim, defendem que o *nemo tenetur se detegere* restaria violado, se a coleta do DNA fosse procedida de forma coercitiva, uma vez que se exigiria do condenado comportamento diverso daquele referente a sua posição no processo.⁸⁶

Com relação às questões da obrigatoriedade de doação do material genético, o *Perito A* afirma que há uma divisão dentre os próprios peritos acerca dos atingidos pela doação obrigatória do material genético e suas consequências. Assim, há peritos que sustentam que se criou uma espécie de “casta” de pessoas que terão seu material biológico coletado porque são “mais perigosas”, todavia o fato de serem selecionadas para proceder à doação não violaria princípios fundamentais básicos, uma vez que o sujeito só seria criminalizado se de fato houver cometido aquele crime. Por sua vez, outros peritos sustentam que a coleta deveria ocorrer com

⁸⁴ GARRIDO, R. G.; GARRIDO, F. de S. R. G. Consentimento informado em genética forense. **Acta bioeth.** Ano 2013. Volume 19. Número 02, p. 300.

⁸⁵ GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 02. Jul. a dez. de 2016, p. 392.

⁸⁶ VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 20. Número 239. Outubro 2012. p. 13.

todos os condenados, justamente para não se criar estereótipos e “perfis propensos a delinquir”. Mas, segundo o perito, nenhum deles é contra a formação dos bancos de dados genéticos em si, mas sim contra o modo de operação que tem ocorrido as coletas e contra a diferenciação que se criou pela Lei 12.654/2012 ao estabelecer a doação do material genético apenas para determinados crimes.

Nesse sentido, sustenta o *Perito B*:

Eu não vejo como problema estabelecer a diferenciação e a eleição de determinados condenados para fornecer seu material biológico, porque na minha opinião a garantia social deve ser levada em conta também. Em alguns casos pode ser mais importante do que respeitar alguns direitos individuais. Não que não tenha direito individual, mas nesse caso a garantia da segurança da sociedade – ao selecionar os crimes mais graves para doar - como um todo prevalecerá. Eu não discordo da coleta em si, eu discordo da forma como hoje vem sendo feita, de não deixar claro para o sujeito o que é, qual a implicação e caso ele se negue em doar, quais serão as sanções que ele poderá sofrer. Se todas essas questões estiverem claras, aí tudo bem. Eu sou favorável. Se tivesse um defensor público também presente, acredito que seria melhor.

A respeito da “casta” de pessoas trazidas pela Lei 12.654/2012 ao determinar o fornecimento do material genético de um determinado grupo de pessoas tem-se a subversão das características mais essenciais do direito penal – pois contraria toda a lógica garantista e constitucional do direito penal, de modo que o mesmo deixa de ser a *ultima ratio* – de modo que é privilegiada a agenda pessoal de grupos detentores de capital político e econômico. Assim, o que se observa é mais uma tentativa de manipulação do discurso de modo a legitimar a criação de mais uma forma velada de monitoramento social.⁸⁷

O *Perito B*, com relação a Lei 12.654/2012 e sua perspectiva social, defendeu que a referida lei estabeleceu a coleta dos perfis genéticos do condenado de modo impositivo e autoritário.

⁸⁷ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Farias. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do a rt. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45, p. 220-221.

Nas palavras do perito:

O trabalho do Estado, basicamente, é prender o sujeito, não garante muitos direitos... vários deles são violados (...) embora o DNA possa ser utilizado para inocentar em alguns casos a ideia é, basicamente, incriminar. Percebe-se que falta o Estado na forma da saúde e na garantia de direitos básicos. Em relação a questão da doação do material, o sujeito não sabe nem o que está fazendo ali, não sabe nem o que é material genético. Não sabe nem para o que vai ser utilizado aquilo. As pessoas que vão até os presídios coletar, simplesmente, fala que é uma coleta obrigatória determinada por lei e ponto. Tá. Mas qual é a aplicação disso? É obrigatório? Sim, é. Mas, na realidade, ele pode até se recusar naquele momento (...) E aí se uma pessoa, por exemplo, for orientada por um advogado, provavelmente, depende do advogado, poderia ser orientado a não ceder o material biológico. Mas, teoricamente, a maioria ali não tem advogado constituído nos autos, tem a defensoria pública, mas não está presente ali naquele momento.

O Perito B relatou que a defensoria, ainda, não tem acompanhado às coletas, o que restringe ainda mais qualquer manifestação contrária do preso acerca de sua voluntariedade em doar ou não o material biológico. Nesse sentido, pondera o perito:

Como as consequências da não doação não estão claras na lei e ainda é objeto de discussão, se eu fosse advogado eu falaria para ele não doar, por exemplo, porque não está explícito, não está claro quais são as sanções.

Com relação a criação de um banco de perfis genéticos onde se procederia a coleta de todos os condenados e não somente dos condenados por crimes cometidos, dolosamente, contra a pessoa de natureza grave e crimes hediondos, o Perito B aborda que acerca de tal posicionamento deveria haver a ponderação do que se buscaria preservar: a individualidade ou a ordem social. Assim, é mais importante a garantia da ordem social do que resguardar direitos individuais?

Nesse sentido, segundo o Perito B, primando pela importância da ordem social em relação à individualidade, justificaria a eleição de um grupo de pessoas que cometeram crimes considerados mais graves e mais lesivos à sociedade, pois a busca é garantir que a sociedade seja preservada. Por outro lado, sobrepondo as garantias e direitos individuais em detrimento da ordem social, justificaria a criação de um banco de perfis genéticos composto pelo material biológico de todos os condenados, uma vez que se a própria Constituição preleciona que todos são iguais perante a lei, não justificaria estabelecer diferenciação entre os condenados na

formação da composição do banco de dados genético.

O posicionamento supracitado torna-se falacioso ao sustentar que a seleção de um grupo determinado de sujeitos para proceder ao fornecimento de seu material genético tenha se dado por um cuidado com a ordem social - tendo em vista a gravidade do crime cometido pelos mesmos - uma vez que é importante destacar que a criminalização de condutas é produto de uma escolha legislativa e que, portanto, não necessariamente reflete os interesses da coletividade, mas sim do grupo político-social que está no poder.⁸⁸

Dessa forma, embora um dos peritos entrevistados não seja propriamente contra a criação dos bancos de perfis genéticos, discorda em como está sendo realizada a coleta.

O *Perito A* entende que os bancos são de suma importância social para a elucidação de crimes e sustenta que a obrigatoriedade no fornecimento do material não fere direitos e garantias fundamentais, uma vez que o fornecimento do DNA é como se fosse o fornecimento de uma impressão digital, o que difere propriamente é o material doado. Ademais, entende não ser imprescindível a comunicação ao preso de que poderá optar por não fornecer seu material genético, uma vez que a lei é clara em afirmar a obrigatoriedade da doação. Assim, não vislumbra qualquer inconstitucionalidade na Lei 12.654/2012.

Por sua vez, o *Perito B* sustenta que o modo como está sendo realizada as coletas é extremamente impositivo e autoritário, de modo que o Estado, mais uma vez, sobrepõe sua autoridade aos condenados que diante do cárcere não possui a mesma liberdade e autodeterminação encontradas pelo homem livre na sociedade.

Nesse aspecto ainda que um interno do sistema prisional não faça objeção expressa à coleta de seu material biológico ou diga que está de acordo, é certo que sua manifestação de vontade em nada interfere no processo e a mesma não traduz sua efetiva concordância.⁸⁹

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Farias. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do a rt. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45, p. 216.

4.3. Da entrevista realizada com o defensor público e coordenador do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

O defensor público iniciou relatando acerca das ramificações da Defensoria Pública, onde informou que o Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (NUSPEN) presta assistência jurídica nas unidades prisionais, focado na execução da pena, assistindo aos presos com relação aos seus direitos individuais e aos direitos coletivos. Portanto, a defesa no processo de execução e o atendimento na unidade prisional são realizados pelo referido núcleo.

Iniciando a entrevista, o defensor relatou que não há como dizer com precisão se o Ministério Público tem requerido a coleta do material genético dos presos ao juízo, uma vez que não atua no processo de conhecimento. Mas, que nos processos que estão nas varas de execuções penais, onde possui atuação, não é algo que se tenha visto também. Informa também que nunca percebeu na sentença que o juiz tenha determinado a extração do DNA.

Ainda acerca da atuação institucional da Defensoria Pública com relação ao processo da coleta, o defensor informa que a Defensoria acompanhou duas coletas até a presente data, com o objetivo de informar aos presos que tivessem o conhecimento de que poderiam recusar em participar da coleta e que isso levaria a uma consequência: que o juiz da vara de execuções penais seria cientificado da recusa e que a partir disso decidiria algo ou, simplesmente, não decidiria. Mas que, no mínimo, seria cientificado.

Nesse sentido, pondera o defensor público:

Já existiu caso de negativa do preso em conceder seu material genético. Essa semana três pessoas optaram por não fornecer material genético, mas isso não resultou em nenhum desdobramento percebido ainda. Pela regulamentação que a lei tem, esse fato seria levado ao juiz da execução, mas a própria regulamentação não prever mais nada além disso. Inclusive, não seria uma falta disciplinar, pois elas são todas previstas em lei, pois temos a tipicidade das faltas disciplinares, então se não tem como encaixar nas faltas já existentes não teria como ser falta disciplinar. Existe um Projeto de Lei para perceber isso como uma falta disciplinar, mas hoje não é. Então, aparentemente, a recusa do preso pelo não fornecimento de DNA não tem maiores implicações para ele no âmbito da execução penal, exceto a cientificação do juízo

da execução. Ninguém é obrigado a fazer nada senão em virtude de lei, então se houvesse uma regulamentação e uma consequência de órbita negativa para a execução da pena haveria uma impugnação fácil, pois não há previsão legal para isso.

O defensor público relata que apesar da Defensoria Pública não ter acompanhado as coletas no presídio Evaristo de Moraes, no segundo dia de coleta foi questionado se aos presos era informado que poderiam optar pelo não fornecimento de DNA e a resposta foi que não era informado, simplesmente era dito que eles estavam ali para a coleta de DNA e se tratava de um procedimento obrigatório e determinado por lei.

De acordo com Lopes Jr., o suspeito deve ter o conhecimento e o direito de se recusar a fornecer seu material biológico sem que isso lhe acarrete consequências jurídico-processuais⁹⁰. Do contrário, o indivíduo estaria sendo obrigado a fornecer provas contra si mesmo. No caso do condenado, estaria fornecendo provas em relação a crime futuro que sequer foi cometido, o que também acarretaria à violação do princípio da presunção de inocência, conforme analisado em capítulo anterior.

Com relação aos critérios utilizados pela SEAP para determinar quais presos serão submetidos à coleta das amostras, de acordo com o defensor público, houve uma comunicação informal por parte da Secretaria de Administração Penitenciária, de que procederiam às coletas, primeiramente, das pessoas que foram condenadas pela prática do crime de tráfico de drogas. Na unidade prisional Evaristo de Moraes, a SEAP determinou que os presos por delitos sexuais fornecessem seu material genético. Posteriormente, no Instituto Penal Plácido Sá Carvalho, a SEAP determinou que seriam submetidos às coletas os condenados por crimes de tráfico de drogas e os condenados por delitos sexuais.

Dessa forma, não se trata de um critério regulamentado de maneira formal, o defensor público relata que o fundamento utilizado pela SEAP ao determinar esse modelo operacional no processo de coletas é desconhecido pela Defensoria Pública, não se sabe se tal prática da SEAP consta de um procedimento escrito ou se é uma decisão meramente verbal.

⁹⁰ LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 675.

Acerca da legalidade e constitucionalidade da Lei 12.654/2012, preleciona o defensor público:

Essa lei é presumidamente constitucional, mas o executivo pode deixar de aplicar uma lei que entenda flagrantemente inconstitucional, pois há mecanismos próprios para isso. (...) Inclusive, a morosidade no julgamento da ação que questiona sua constitucionalidade pode levar a prejuízos sociais a diversas pessoas, uma vez que essa lei está produzindo resultados. Nesse caso, se o STF modula os efeitos dessa lei para poder resguardar os efeitos que ela já produziu, geraria dois grupos diferentes de pessoas, mas com diferenças enormes entre eles. Em tese a lei é inconstitucional desde a origem, portanto, não ingressa no ordenamento jurídico, mas o STF pode postergar para ressalvar o banco de dados. O STF pode dar interpretação conforme, por exemplo, para dizer que a lei é constitucional desde que haja o consentimento; ou para dizer que a lei é constitucional desde que o sujeito possa receber uma espécie de protocolo de que ele doou o material (...) Muitas pessoas pensam que doar o material genético é um meio de defesa, pois vai conseguir provar que em determinado fato investigado não é ele porque quando comparado ao DNA do crime não é o dele, todavia (...) o sistema de banco de dados não é imune a erro e o investigado não tem nenhum meio de apontar que ele, por exemplo, não é o número que corresponde ao ID do material genético que consta no banco. Então, o STF não tem como dar a somente a resposta “sim” ou “não” para a constitucionalidade dessa lei.

Com relação a infalibilidade do banco de perfis genéticos, defende Lopes Jr., que a prova científica não deveria ser considerada como “Rainha das Provas”, e a crença de que o exame de DNA representaria uma verdade irrefutável poderia ser perigoso, uma vez que juízes poderiam basear suas decisões unicamente na prova científica, algo desproporcional quando, por exemplo, a prova científica for de encontro às demais provas.⁹¹

Nesse aspecto, sustenta Lopes Jr., que o DNA não deve ser tratado como dogma, uma vez que a incorreta manipulação do material das amostras pode gerar erros e dar azo a interpretações equivocadas. Por isso, para o autor existiria o mito da verdade real em relação a prova científica. De acordo com esse mito, não existe essa verdade real, a prova sempre será indireta, defendendo que a prova direta somente seriam aquelas produzidas no momento da audiência. A atividade instrutória seria, sim, uma reconhecimento, uma recontagem de um fato

⁹¹ LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 683.

passado. A decisão judicial, então, seria um posicionamento em relação às histórias contadas pelas partes, e não uma busca da verdade real.⁹²

Ainda sobre a infalibilidade da prova pericial, sustentam Nicolitti e Werhs:

É possível dizer sem sombra de dúvida que as provas genéticas, em termos de identificação, são as mais seguras que se tem conhecimento. Trata-se de um sistema de identificação muito positivo e que, embora seja uma prova estatística, as probabilidades que sustentam as conclusões são tão altas que se equivalem à certeza. Todavia, as conclusões das análises de DNA não constituem per se uma prova plena e devem ser associadas aos demais elementos probatórios. Ademais, a prova genética depende ainda da correta interpretação dos resultados por parte dos atores jurídicos, destacadamente por parte do juiz.⁹³

Nesse aspecto, a crença de que a prova científica é irrefutável dada sua natureza, os resultados obtidos pela ciência podem ser colocados à prova pela própria ciência e suas inovações. Por um longo período de tempo acreditou-se que o átomo seria a menor partícula do universo e indivisível, quando novos recursos provaram que o mesmo poderia ser fracionado em partículas ainda menores. Esse fenômeno de inovação é uma constante no mundo das ciências, uma vez que novas tecnologias surgem, permitindo novas descobertas e tornando obsoletos – ou até mesmo refutando - métodos até então consagrados cientificamente.⁹⁴

Com relação ao estigma trazido pela Lei 12.654/2012 ao eleger um grupo de condenados que deverão doar seu material biológico, cria-se um estereótipo dentro da própria unidade prisional e um estigma social, segundo o defensor público. Entre os presos se cria um sentimento negativo de depreciação e/ou de periculosidade e, socialmente, cria-se um grupo de criminosos com alta periculosidade social os quais devem ser afastados da sociedade em prol do bem-estar social.

⁹² *Idem.*

⁹³ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p.73.

⁹⁴ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Farias. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica**. Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45, p. 211.

De acordo com Lopes Jr., a Lei 12.654/2012 ao estabelecer um grupo de pessoas que deverão fornecer seu material genético de modo obrigatório, cria uma espécie de presunção de periculosidade. Para o autor, o legislador partiu dessa presunção em relação a todos os autores de determinados tipos penais abstratos, o que representa uma inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados.⁹⁵

4.4.Resultados da pesquisa de campo

Através da empiria foi possível depreender que, apesar da Lei 12.654/2012 possuir sete anos desde a sua vigência, não há uma fonte de diálogo entre os atores institucionais nem mesmo uma regulamentação que possa atribuir plena efetividade a referida lei.

Com relação à operacionalidade referente ao procedimento das coletas, de fato não há leis e nem resoluções que regulamentem os critérios adotados pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária na escolha pelos detentos que deverão fornecer seu material genético durante as coletas. Tanto os peritos quanto os defensores públicos relataram que não possuem conhecimento acerca de tais critérios, sendo o procedimento adotado de forma completamente discricionária pela SEAP.

A respeito da constitucionalidade da Lei 12.654/2012, os peritos entrevistados se dividem em dois posicionamentos: o perito vice administrador do banco de dados acredita que a lei não é inconstitucional, tendo em vista que o DNA não incriminará de fato ninguém que não tenha cometido determinado delito. Depreende-se de seu discurso a crença inequívoca na confiabilidade da prova genética, bem como a não observância de direitos fundamentais básicos resguardados constitucionalmente como, por exemplo, o princípio da não autoincriminação, o princípio da presunção de inocência, o direito à informação e outros.

Por outro lado, o *Perito B*, não defende a inconstitucionalidade do banco de perfis genéticos, todavia impugna o fato de como as coletas estão sendo procedidas, sobretudo pelo fato dos presos não serem informados de que podem optar pelo não fornecimento de seu

⁹⁵ LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 482.

material genético. Assim, o perito defende a criação e manutenção dos bancos, mas rechaça a hipótese da compulsoriedade do fornecimento de DNA.

O defensor público, por sua vez, entende que a Lei 12.654/2012 é inconstitucional desde a sua origem, devendo ser excluída do ordenamento jurídico, uma vez que viola diversos direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal. De acordo com o defensor, a referida lei ofende o princípio da não autoincriminação, tendo em vista a obrigatoriedade imposta pelo fornecimento de material genético, viola o direito à informação, uma vez que ao preso não é informado que ele poderá optar pelo não fornecimento de seu DNA, bem como a ele não é informado as consequências diante de sua recusa.

Inclusive, a própria morosidade do Supremo Tribunal Federal em julgar acerca da (in)constitucionalidade da Lei 12.654/2012 é extremamente prejudicial aos internos do sistema penitenciário brasileiro, uma vez que a lei está produzindo efeitos e investigados estão sendo condenados com base nas amostras confrontadas pelo banco de perfis genéticos e, diante da possível inconstitucionalidade da lei quais seriam os efeitos temporais a mesma? Dando o STF interpretação no sentido da constitucionalidade da lei apenas se houver o consentimento do condenado, como ficaria a situação jurídica dos condenados que tiveram seu material genético coletado, tipado e inserido no banco, mas seu direito de informação não foi respeitado? São questões complexas que o STF terá que, necessariamente, enfrentar quando julgar pela (in)constitucionalidade da Lei 12.654/2012.

Por fim, com relação a estigmatização trazida pela supracitada lei, os peritos entendem que em favor da ordem social, é possível que a lei estabeleça determinados presos para que forneçam seu material genético, tendo em vista a gravidade e o grau de periculosidade de suas condutas. Por sua vez, o defensor público rechaça tal ideia veementemente, uma vez que o estabelecimento de um grupo de condenados para proceder à coleta gera um estigma social e dentro do próprio sistema prisional, de modo que tais sujeitos passam a ser vistos como mais perigosos por estarem sendo submetido ao referido procedimento, criando e fomentando, portanto, toda a estrutura do medo, “justificando”, assim, seu respectivos controle em prol da ordem e da paz social, sendo tal presunção de periculosidade extremamente equivocada por se tratar de uma escolha legislativa baseada em tipos penais abstratos.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve por finalidade analisar as questões acerca da (in)constitucionalidade da criação e manutenção dos bancos de perfis genéticos trazidas pela Lei 12.654/2012, a qual possibilitou a identificação criminal por meio da coleta de DNA e a doação obrigatória do material genético daqueles condenados por crimes cometidos, dolosamente, contra a pessoa de natureza grave, alterando, respectivamente a Lei 12.037/2009 e a Lei 7.210/1984.

No primeiro momento buscou-se analisar os impactos trazidos pela Lei 12.654/2012 em relação a observância e a proteção dos direitos e garantias constitucionais resguardados pela Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais, sobretudo os que versam sobre direitos humanos. Nesse aspecto é possível concluir que o uso da genética forense no âmbito da identificação criminal é inconstitucional quando empregado nos ditames do artigo 3º, IV, da Lei 12.037/2009, isto é, quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais. Assim, conforme demonstrado no Capítulo 2 desta monografia, entende-se que o referido artigo se revela como um instrumento de produção de prova antecipada, bem como violador de direitos fundamentais resguardadas constitucionalmente como o princípio da não-autoincriminação (do latim: *nemo tenetur se detegere*).

Com relação ao uso da genética forense no âmbito da execução penal, ainda trata no Capítulo 2 da presente monografia, é possível concluir pela inconstitucionalidade do artigo 9º-A da Lei 7.210/1984, uma vez que restringe amplamente a liberdade individual do condenado quando impõe a coleta obrigatória do material genético dos condenados por crimes praticados, dolosamente, de natureza grave contra a pessoa e crimes hediondos. O referido dispositivo viola flagrantemente direitos e garantias fundamentais básicas como a presunção de inocência, a não-autoincriminação, a vedação ao estabelecimento de penas de caráter perpétuo e princípios constitucionais-penais dirigidos a proteção dos condenados inseridos no sistema penitenciário brasileiro.

No terceiro capítulo é possível concluir que apesar dos bancos de perfis genéticos serem uma realizada consolidada em alguns países do mundo e estes possuem um sistema de operacionalização diversificado, no Brasil sua criação foi a partir da Lei 12.654/2012, embora já houvessem mecanismos extraoficiais de coleta de material genético e a criação de um banco

informal em alguns Estados do Brasil, o que fomentou e amadureceu a proposta de criação e a aprovação da supramencionada lei e a criação de um banco oficial de perfis genéticos.

A partir do capítulo quatro, conclui-se que apesar da Lei 12.654/2012 possuir sete anos desde a sua vigência não houve, ainda, uma efetiva implementação legislativa acerca da disposição, do procedimento e da troca de informações entre os institutos periciais responsáveis pela coleta do material genético dos condenados e outras instituições (Poder Judiciário, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, Ministério Público, Defensoria Pública).

No estado do Rio de Janeiro, restou demonstrado através da pesquisa empírica realizada no Instituto de Pesquisa e Perícia em Genética Forense e no Núcleo do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, que no que concerne às medidas a serem adotadas para obtenção de perfis genéticos para a composição do banco de dados estatal, o órgão responsável por encaminhar ao instituto pericial a relação dos condenados que se adequem ao requisito legal do artigo 9º-A da Lei 7.210/1984, ficou a cargo da SEAP. Todavia, os critérios adotados pela própria Secretaria de Estado de Administração Penitenciária com relação aos presos que procederão à coleta são desconhecidos pelos peritos entrevistados, relatando a Defensoria Pública que a SEAP os informou de maneira verbal que procederiam à coleta de condenados de acordo com a modalidade dos tipos penais praticados.

Por se tratar de procedimento que fundamentalmente interfere na liberdade e disposição do próprio corpo da pessoa humana, entende-se que tais critérios adotados pela SEAP deveriam ser positivados em resoluções elaboradas pela própria Secretaria de Estado de Administração Penitenciária.

Ademais, concernente ao dever de informação no momento de se proceder a coleta, conclui-se que, embora a lei imponha a obrigatoriedade, diante da ausência de advogado constituído nos autos e da ausência da Defensoria Pública no acompanhamento das coletas, é importante informar ao preso, antes de efetuado o referido procedimento, os motivos pelos quais estão coletando seu material biológico, bem como a possibilidade de recusa pelo mesmo e as eventuais consequências da recusa.

Acerca da constitucionalidade e ética dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução penal, é possível concluir através da pesquisa empírica realizada com os peritos do Instituto de Pesquisa e Periciais em Genética Forense, no Estado do Rio de Janeiro, que no que concerne a diferenciação trazida pela Lei 12.654/2012 a mesma estaria justificada tendo em vista o grau de periculosidade e a gravidade dos crimes cometidos pelos condenados que se adequam ao artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais. Assim, em prol da ordem social é válida a diferenciação trazida pela lei. No que diz respeito a constitucionalidade dos bancos de perfis genéticos, ambos os peritos entendem ser constitucional, divergindo-se entre si nos aspectos atinentes ao dever de informação, de modo que o vice administrador do banco entende não haver a necessidade de informar ao preso que se trata de um fornecimento voluntário, uma vez que a lei impõe a obrigatoriedade; ao passo que o outro perito entende pela necessidade de informação, uma vez que se trata de um direito fundamental básico resguardado constitucionalmente.

Diferentemente do defensor público entrevistado, que argumentou pela inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012 desde a sua origem, tendo em vista que a mesma viola diversos direitos e garantias fundamentais, criando estigmas sociais com base em uma falaciosa presunção de periculosidade, de modo que sob os condenados sujeitos ao procedimento de coleta faz-se necessária uma vigilância diferenciada em razão de sua “periculosidade social”. Ademais, ainda que se declare a inconstitucionalidade da lei as polêmicas acerca da mesma não se encerram, tendo em vista as modulações de efeitos que deverão ser dadas as situações jurídicas já decididas com fundamentação na referida lei.

Por todo o exposto, é possível depreender que as visões acerca da Lei 12.654/2012 são completamente distintas entre os atores institucionais que lidam diretamente com as modificações trazidas pela referida lei, isto é, entre os peritos e os defensores. Ademais, de fato não há uma operacionalização e gerenciamento bem delineados que possibilite a efetiva implementação da lei, bem como não há uma dinamização que facilite a troca de informações e a organização do modelo operacional que desempenhará cada instituição (Poder Judiciário, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, Ministério Público e Defensoria Pública) no processo de coleta dos perfis genéticos, cuja participação é fundamental para a efetiva implementação legislativa.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Mariana Oliveira de. **A problemática trazida pelos bancos de perfis genéticos criminais no Brasil**. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista —Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2014.
- AMANKWAA, A. O. e McCARTNEY, C. The effectiveness of the UK national DNA database. **Forensic Science International: Synergy**. Volume 01, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.fsisyn.2019.03.004>>. Acesso em: 27 de junho de 2019.
- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- BASSO, Miguel Ângelo. **A identificação criminal por meio da coleta de material genético: Benefícios e Constitucionalidade da Lei nº 12. 654/12**. 2014. 80 f. Monografia de conclusão de curso em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.
- BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Aguarda julgamento.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. 18 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 568. 5 de janeiro de 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4016>>. Acesso em: 11 de abril de 2019.
- _____. **Código de Processo Penal**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. **Código Penal**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 191-A, V 05 out. 1988, P.1 Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de março de 2019.

_____. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992** – Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19901994/d0592.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

_____. **Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992** – Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

_____. Lei 10.054, de 7 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e da outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 08 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm>. Acesso em: 28 de março de 2019.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

_____. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 Jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

_____. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 02 out. 2009. Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 28 de março de 2019.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017.

FIGINI, Adriano Roberto da Luz, e outros. **Identificação Humana**. 2ª edição. Campinas, SP: Millennium, 2003.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 20ª edição. Rio de Janeiro/Petrópolis: Editora vozes, 1999.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art.9-a da Lei de Execução Penal. Revista Jurídica. Curitiba. Ano 2018. Volume 02. Número 51. p.434-455. Disponível em:
<revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/2821/371371484>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

_____. Crítica científica de “Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” - Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre. Ano 2018. Volume 04. Número 02. Mai. a ago., p. 889-900. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.163>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

_____. Evolução dos processos de identificação humana: das características antropométricas ao DNA. **Genética na escola**, Rio de Janeiro. 05 fev. 2009, p. 38-40. Disponível em:
<https://www.researchgate.net/publication/271530735_Evolucao_dos_Processos_de_Identificacao_Humana_das_caracteristicas_Antropometricas_ao_DNA> Acesso em: 19 de março de 2019.

GARRIDO, R. G.; GARRIDO, F.de S.R.G. Consentimento informado em genética forense. **Acta bioeth.** Ano 2013. Volume 19. Número 02, p. 299-306. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2013000200015>>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654. **Revista de Bioética e Derecho.** Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/281627801>>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Thiago Pereira. A repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9º-A da lei de execução penal. **Sociology of Law.** Ano 2018, pg. 1857. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/326262482>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Farias. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: Uma análise do art. 9º-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. **Revista Jurídica.** Curitiba. Ano 2016. Volume 04. Número 45, p. 207-226. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1795>>. Acesso em: 14 de junho de 2019.

GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Jul. a dez. de 2016, p. 377-405. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/25368/18971>>. Acesso em: 11 de maio de 2019.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** Volume 01. 19ª edição. Rev. atual., e ampl, Rio de Janeiro: Impetrus, 2018.

LEMONS, Cristiane Chaves. **A Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – Entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal.** Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf>. Acesso em: 25 de março de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói/RJ: Impetus, Volume único, 2013.

_____. **Legislação criminal especial comentada**. Volume único. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Volume 01. 2007.

_____. **Direito processual penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? **Boletim do IBCCrim**. São Paulo. Jul. de 2012. Número 236, p. 5-6. Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/275-236-Julho-2012>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes. 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitfcontent-1556212211.45>> Acesso em: 12 de maio de 2019.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5ª Edição. Rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 17ª edição, São Paulo: Atlas, 2013.

PRAY, Leslie. **Discovery of DNA structure and function: Watson and Crick**. Nature Education, 2008. Disponível em: <<https://www.nature.com/scitable/topicpage/discovery-of-dna-structure-and-functionwatson-397>>. Acesso em: 19 de março de 2019.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; RICHTER, Vitor. O Banco de Dados Genéticos no Brasil: Os Desafios Operacionais e Legais de um Processo de Modernização. In: Fonseca, Claudia; Maricato, Glaucia; Duarte, Larissa C.; Besen, Lucas. (Orgs). **Ciência, Medicina e Perícia nas Tecnologias de Governo**. Porto Alegre, CEGOV, 2017, p. 130-150. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331098013_O_banco_de_dados_geneticos_no_Brasil>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Abr. a Jun. de 1998. Volume 212, p.89-94. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23. Apud ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: A declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. **Revista Eletrônica do CEJUR**. Ano 2006. Volume 01. Número 01, p. 224. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/14842/9963>>. Acesso em: 12 de maio de 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos? **Boletim Informativo IBRASPP**. Ano 2013/01. Número 04, p. 21. Disponível em: <www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/Boletim-04_IBRASPP.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2019.

VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo. Ano 20. Número 239. Outubro 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/279-239-Outubro-2012>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

ANEXO 1

Perguntas referentes a entrevista realizada no Instituto de Pesquisa e Perícia em Genética Forense no Estado do Rio de Janeiro

1. Desde a implementação da lei, aproximadamente, quantas amostras já foram colhidas pelo IPPGF?
2. Como está sendo o trâmite entre o IPPGF e os outros órgãos (Poder Judiciário, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, Ministério Público, Defensoria Pública) para proceder à extração das amostras de DNA?
 - a) O juiz determina a extração do DNA na sentença?
 - b) O Ministério Público tem requerido essa coleta ao juízo?
 - c) A Defensoria Pública acompanha as coletas?
 - d) Qual o papel da SEAP?
3. Na fase de execução, durante o cumprimento da pena, como é feita a extração?
 - a) As equipes responsáveis pela coleta se dirigem até os presídios?
 - b) Há uma sala específica para a coleta?
 - c) Com relação ao consentimento, os peritos informam aos condenados que eles podem optar pelo não fornecimento do DNA?
4. Na identificação criminal, no decorrer da investigação, é possível o investigado retirar o consentimento para manutenção de seu material no banco?
 - a) Já existiu algum caso nesse sentido?
 - b) Como isso seria feito? Judicialmente?
 - c) O juiz mandaria um ofício ou outro meio de comunicação oficial requisitando a retirada?
5. Demais temas relativos à pertinência e a operacionalização dos bancos.

ANEXO 2

Perguntas referentes a entrevista realizada no Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

1. Como está sendo o trâmite entre o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária e os Institutos Periciais para proceder à extração das amostras de DNA?
 - a) A Defensoria acompanha as coletas?
 - b) O juiz determina a extração do DNA na sentença?
 - c) O MP tem requerido essa coleta ao juízo?
2. Qual o papel e os critérios utilizados pela SEAP para determinar quais presos serão submetidos à coleta das amostras? Esses critérios encontram-se regulamentados?
3. Com relação ao consentimento, os peritos informam aos condenados que eles podem optar pelo não fornecimento do DNA? A Defensoria orienta aos presos nesse sentido?
4. Diante da negativa do preso em conceder o material genético qual a consequência de tal ato no âmbito da execução penal? Já existiu algum caso nesse sentido?
5. Demais temas pertinentes à legalidade e ética dos bancos de perfis genéticos.